

DIE ANWENDUNG DER ZIVILPROZESSORDNUNG
UND DES GERICHTSVERFASSUNGSGESETZES
NACH § 173 VERWALTUNGSGERICHTSORDNUNG
ZUGLEICH EIN BEITRAG ZUR VERWEISUNGSLEHRE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Theodor Falk
aus Bergzabern

1975





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554415_0014

Die Anwendung der Zivilprozeßordnung und
des Gerichtsverfassungsgesetzes nach
§ 173 Verwaltungsgerichtsordnung
Zugleich ein Beitrag zur Verweisungslehre

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
des Fachbereichs Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

vorgelegt von
Theodor Falk
aus Bad Bergzabern

1975

Berichterstatter: Professor Dr. Hubert Armbruster
Professor Dr. Peter Schneider

Tag der mündlichen Prüfung: 4. Februar 1975



INHALT

	Seite
Einleitung	1
 1. Kapitel	
Der Rechtscharakter der Verweisung	4
I § 173 VwGO als Verweisung	4
1 Wortinterpretation	4
2 § 173 VwGO als echte Verweisung	4
II § 173 VwGO als Rechtsfindung secundum legem	8
1 Die Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO und die Anwendung anderer Gesetzesvorschriften im Verwal- tungsprozeß	8
1.1 § 173 VwGO und Lückenbegriff	9
1.2 § 173 VwGO als Problem der Auslegung	10
2 Folgerungen aus dem Rechtscharakter der Verweisung	11
2.1 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor SGG und FGO	11
2.2 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor Analogie- schluß innerhalb der VwGO	11
2.3 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor Landesge- setzen	12
2.4 Anwendung der ZPO nach § 173 VwGO und Gewohnheits- recht	14
 2. Kapitel	
Die Verweisungslücke als Voraussetzung für die Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO	15
I Begriffseinführung: Verweisungslücke - Gesetzeslücke	15
1 Die Verweisungsanalogie als Rechtsfolge des § 173 VwGO	15
2 Voraussetzung des § 173 VwGO: Lücke innerhalb der Rechtsfindung secundum legem	16
3 Definition: Verweisungslücke - Gesetzeslücke	17
II Das Fehlen einer Regelung als Abgrenzungsmerkmal der Verweisungslücke	19
1 Positive Regelung im Gesetz	19
2 Spezialverweisung	19
3 Auslegung	20

	Seite
3, 1	Beispiel: Die historische Auslegung
3, 2	Fälle des "beredten Schweigens"
III	Das Abgrenzungsmerkmal Planwidrigkeit bei der Verweisungslücke nach § 173 VwGO
1	Die Funktionen des Merkmals Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke und deren Bedeutung bei der Verweisungslücke nach § 173 VwGO
1, 1	Planwidrigkeit als Wertungsfrage
1, 2	Aufgaben des Merkmals Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke
1, 3	Entsprechende Aufgaben bei der Verweisungslücke
2	Planwidrigkeit und Verweisungslücke
2, 1	Anwendung des § 173 VwGO ohne Beibehaltung des Elements Planwidrigkeit?
2, 2	Auslegung des § 173 VwGO hinsichtlich der Notwendigkeit des Merkmals Planwidrigkeit
2, 2, 1	Historische und gesetzessystematische Auslegung
2, 2, 2	Teleologische Auslegung
2, 2, 3	Verfassungskonforme Auslegung
2, 2, 3, 1	Generalverweisung und Verfassung
2, 2, 3, 2	Planwidrigkeit und Verfassung
2, 2, 4	Planwidrigkeit und praktische Gesetzesanwendung
2, 3	Folgerung: die Planwidrigkeit als Element der Verweisungslücke
2, 4	Feststellung der Planwidrigkeit im Bereich des § 173 VwGO
2, 4, 1	Ausdrücklicher Hinweis durch das Gesetz
2, 4, 2	Hinweis aus dem Gesetzeszusammenhang
2, 4, 3	Hinweis aus der Regelungsbedürftigkeit bestimmter Sachverhalte
3. Kapitel	
Grenzen der Verweisung	
I	Generelle Beschränkung auf bestimmte Verfahrensgestaltungen
1	Anwendung nur im Bereich des Teils II der VwGO?
2	Begrenzung durch den Lückenbegriff
3	Generelle Beschränkung auf bestimmte Verfahrensarten im Zivilprozeß oder Auswahl durch den Richter?
4	Ergebnis

		Seite
II	Begrenzung der Verweisung durch Unterschiede grundsätzlicher Art	67
1	Entsprechende Anwendung - grundsätzliche Unterschiede	67
2	Das Erfordernis der Grundsätzlichkeit	69
2.1	Prozeßgrundsätze	69
2.2	Tiefgehende Unterschiede	70
3	Die Grenzziehung als Wertungsfrage	70
III	Die einzelnen grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten im System der Generalverweisung des § 173 VwGO	72
1	Beispiele	72
2	Unterschiede ohne übergreifende Bedeutung	74
3	Grundlinien des geschriebenen Rechts	77
3.1	Freiheit des Gesetzgebers für die Ausformung der Grundlinien	78
3.2	Aktualisierung der Bindungen im Bereich der Generalverweisung des § 173 VwGO	80
4	Einfluß des materiellen Rechts	81
5	Zweck des Verwaltungsprozesses	87
6	Frei bestimmte Grundsätze	90
6.1	Probleme bei der Gewinnung	91
6.1.1	Positiv festgelegte Grundsätze	91
6.1.2	Erschließung aus Einzelvorschriften	92
6.2	Untersuchung unterschiedlicher Grundsätze	93
6.2.1	Untersuchungs - Verhandlungsgrundsatz	93
6.2.2	Offizialmaxime - Dispositionsmaxime	97
6.2.3	Amtsbetrieb - Parteibetrieb	99
6.2.4	Anwaltszwang	100
6.2.5	Revisionszulassung	101
6.2.6	Vertauschte Parteirollen	101
6.2.7	Vorverfahren	102
7	System der Anwendbarkeitsprüfung	104
7.1	Untersuchungsgrundsatz als alleiniger frei bestimmter grundsätzlicher Unterschied?	104
7.2	Verwischung der Grenzen zu den Unterschieden ohne übergreifende Bedeutung	105
7.3	Überlagerung und Ergänzung der einzelnen Hinderungsgründe	107
7.4	Die Anwendung des § 173 VwGO als komplexes System	112

4. Kapitel

Der Umfang der Verweisung

(Zusammenfassung und Ergänzung)

115

1 Echte Verweisung und Weiterverweisung

115

2 Echte Verweisung und dynamische Verweisung

116

3 Echte Verweisung und nicht geschriebene Grundsätze des
Zivilprozesses

117

4 Die Doppelnatur des § 173 VwGO: echte Verweisung -
Hinweis

118

Schlußbetrachtung

121

Literaturverzeichnis

123

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Aflg.	Auflage
ähn1.	ähnlich
amtl.	amtlich
and.	anders
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AuR	Arbeit und Recht
BaWüVB1	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BayVwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVwZVG	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungs- gesetz in der Fassung vom 11. November 1970
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGB1	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (zitiert nach Band und Seite)

BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz vom 18. Januar 1963
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zitiert nach Band und Seite)
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 23. September 1952
bzw.,	beziehungsweise
ders.,	derselbe
d, h.,	das heißt
Diss.,	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
Einf.,	Einführung
Einl.,	Einleitung
Erl.,	Erläuterung
ESVGH	Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (zitiert nach Band und Seite)
f.,	und die folgende Seite
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
ff.,	und die folgenden Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898

FGO	Finanzgerichtsordnung vom 6. Oktober 1965
G	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung vom 12. September 1950
h. M.	herrschende Meinung
i. e. S.	im engeren Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JR	Juristische Rundschau
JUS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
LAG	Lastenausgleichsgesetz in der Fassung vom 1. Oktober 1969
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier - Möhring (Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MRVO 165	Verordnung Nummer 165 der Militärregierung Deutschland - Britisches Kontrollgebiet (1948)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg (zitiert nach Band und Seite)

Rdn.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
Rheinld. - Pfalz	Rheinland - Pfalz
rheinld. - pf. VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Rheinland - Pfalz) vom 14. April 1950
S.	Seite
SGG	Sozialgerichtsgesetz in der Fassung vom 23. August 1958
Sp.	Spalte
StW	Steuer und Wirtschaft
südd. VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Baden - Württemberg
Übers.	Übersicht
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VöI	Vertreter des öffentlichen Interesses
Vorb.	Vorbemerkung
VRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zitiert nach Band und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960
VwVollstrG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WehrpflichtG	Wehrpflichtgesetz in der Fassung vom 28. September 1969
z. B.	zum Beispiel

Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung in der Fassung vom 12. September 1950
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Vergleicht man allein den äußeren Umfang der ZPO und der VwGO, so wird man unschwer feststellen, daß die ZPO weit mehr Einzelregelungen getroffen hat als die VwGO. Dennoch wird man nicht behaupten wollen, daß im Bereich des Verwaltungsprozesses die Lebenssachverhalte oder Prozeßsituationen, die einer Regelung bedürfen, weniger zahlreich seien oder daß das verwaltungsgerichtliche Verfahren in seiner Struktur wesentlich leichter zu erfassen sei.

Wenn die VwGO dennoch vergleichsweise so "schlank und übersichtlich" ¹⁾ geblieben ist, so hat dies auch seinen Grund in der Bezugnahme auf die Zivilprozeßordnung, die sich neben zahlreichen Einzelverweisungen ²⁾ insbesondere in der Generalverweisung des § 173 VwGO findet. ³⁾

Gerade die generelle Verweisung auf die Vorschriften der ZPO mit ihren wenig überschaubaren Auswirkungen ist nicht nur das Werk kunstvoll arbeitender Gesetzesverfasser; vielmehr war sie nur auf Grund der Entwicklung der übrigen Verfahrensarten aus dem Zivilprozeß möglich. Die Zivilprozeßordnung und die dogmatischen Erkenntnisse der Zivilprozeßrechtslehre waren der Mutterboden, auf dem sich der Verwaltungsprozeß entwickeln konnte. ⁴⁾

Dementsprechend gründet sich die Generalverweisung auf eine gewisse Tradition. Auch die meisten Verfahrensgesetze, die von der VwGO abgelöst wurden, kannten eine entsprechende Vorschrift. ⁵⁾ Lediglich die Militärregierungsverordnung Nr. 165 für die britische Zone enthielt eine solche Generalverweisung nicht. Aber auch im Rahmen dieser Verordnung wurden ZPO und VGG entsprechend angewandt oder doch wenigstens allgemeine Prozeßgrundsätze entnommen. ⁶⁾

Auf diese Tradition konnte der Gesetzgeber der VwGO zurückgreifen. Es verwundert nicht, daß die entsprechenden Vorschriften für die Gestaltung des § 173 VwGO Modell standen und die dort gewählten Formulierungen sich hier wiederfinden. Die organische Entwicklung des Verwaltungsprozesses aus dem Zivilverfahren und die dabei entstandene Tradition der generellen Verweisung

1) Maetzel DÖV 70, 28 (33).

2) Z. B. §§ 54 Abs. 1, 55, 57 Abs. 2, 98, 123 Abs. 3 und 4 VwGO.

3) Vgl. amtliche Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucksache III/55 S. 26.

4) Vgl. Grunsky, Vorwort; zur Geschichte der VwGO allgemein vgl. Ule, Kommentar, Einleitung II; Koehler, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 565 ff.

5) Vgl. § 34 süddeutsch. VGG; § 37 VGG Rheinld. - Pfalz; § 26 BVerwGG.

6) Vgl. Klinger, MRVO 165, § 117 Anm. B; OVG Münster DÖV 51, 141 und OVGE 11, 221.

mußten dem Gesetzgeber die Regelung des § 173 VwGO ⁷⁾ relativ problemlos erscheinen lassen. In der Tat stand die Generalverweisung nicht in Streit, wie sich aus den Berichten über die parlamentarischen Beratungen ergibt. Nur der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zur VwGO ⁸⁾ läßt sich entnehmen, daß die Stellung der Vorschrift im Gesetz Gegenstand besonderer Überlegungen bei den Vorberatungen war. Dagegen wurde die Fassung des Regierungsentwurfs sowohl im Rechtsausschuß, wie auch im Plenum ohne Aussprache angenommen. ⁹⁾ Der Gesetzgeber befand sich mit dieser Handhabung nicht im Widerspruch zu den Anregungen der Rechtslehre, die sich auf die Erfahrungen bei der Anwendung der entsprechenden Vorschriften der geltenden Verwaltungsgerichtsgesetze stützen konnte. ¹⁰⁾

Ergaben sich schon damals hinsichtlich der Anwendung von ZPO und GVG kaum Meinungsverschiedenheiten, ¹¹⁾ so scheint auch die Anwendung des § 173 VwGO relativ problemlos zu sein. Fehlt in der VwGO eine Regelung, so sind die ZPO oder das GVG entsprechend anwendbar. Schwierigkeiten für die Auslegung deuten sich dagegen schon bei einer ersten Übersicht hinsichtlich der weiteren Einschränkung an; ZPO und GVG sollen nur dann Anwendung finden können, "wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen". Bei der Frage nach diesen grundsätzlichen Unterschieden stößt der Rechtsanwender auf ein im ersten Anlauf kaum zu bewältigendes Problem, das einer genaueren Prüfung bedarf.

Die gängigen Erläuterungsbücher äußern sich dazu nur zurückhaltend und vorsichtig. Als ein solcher grundsätzlicher Unterschied wird stets der Untersuchungsgrundsatz angeführt, der nur im Verwaltungsprozeß gelte. ¹²⁾ Ferner wird auf den Amtsbetrieb in der VwGO ¹³⁾ und das Fehlen des Anwaltszwangs vor dem Verwaltungs- und Oberverwaltungsgericht ¹⁴⁾ hingewiesen. Aus den Formulie-

7) § 169 des Entwurfs.

8) Vgl. BT-Drucksache III/55 S. 26, insoweit inhaltsgleich schon BT-Drucksache II/462 S. 27.

9) Vgl. Stenografische Protokolle des Rechtsausschusses III/56 S. 16; BT-Drucksache III/1094 S. 2; Verhandlungen des deutschen Bundestages III S. 4608.

10) Vgl. Ule JZ 53, 681 (687); warnend dagegen Kraemer ZJP 66 (1953), 1 (3).

11) Ule JZ 53, 681 (687) und ders. DVBl 54, 137 (138).

12) Eyermann - Fröhler § 173 Rdn. 3; Redeker - von Oertzen § 173 Rdn. 2; Klinger Anm. zu § 173; Schunck - De Clerck § 173 Anm. 2; Ule, Kommentar, Anm. zu § 173; Koehler, § 173 Anm. IV 5; Arens AcP 73, 250 (251).

13) Schunck - De Clerck § 173 Anm. 2; Klinger Anm. zu § 173.

14) Eyermann - Fröhler § 173 Rdn. 3.

rungen der Kommentare geht jedoch hervor, daß die jeweiligen Autoren diese Aufzählung nicht als abschließend bezeichnen möchten. So heißt es, Abweichungen ergäben sich "vor allem", ¹⁵⁾ "vornehmlich" ¹⁶⁾ oder "insbesondere" ¹⁷⁾ aus den oben aufgeführten Unterschieden. Andererseits läßt sich aus den Erläuterungsbüchern auch nicht entnehmen, daß es tatsächlich neben den angeführten noch weitere Unterschiede grundsätzlicher Art gibt; vielmehr spiegeln die angeführten Literaturstellen nur die Unsicherheit wider, die angesichts der wenig konkreten Fassung des Gesetzes bei der Anwendung des § 173 VwGO herrscht.

Eine nähere Untersuchung der aufgezeigten Probleme setzt notwendig die Kenntnis und Prüfung der Gesamtsystematik der beiden Verfahrensarten voraus, denn es sind gerade deren Grundzüge, die zu grundsätzlichen Unterschieden führen. Andererseits wäre der Versuch, lediglich grundsätzliche Unterschiede zwischen den Verfahrensarten herauszuarbeiten ohne Kenntnis der Rechtssatzstruktur des § 173 VwGO wenig nützlich, denn die Bedeutung der grundsätzlichen Unterschiede ergibt sich erst bei der Anwendung des § 173 VwGO. Art und Umfang der Verweisung bestimmen die Bedeutung der Einschränkung. Aufgabe des Rechtsanwenders - und damit dieser Arbeit - ist es nicht, bloß theoretische Unterschiede zwischen beiden Verfahrensarten aufzuzeigen; ihn können vielmehr nur solche Unterschiede interessieren, die bei der Auslegung des § 173 VwGO, also insbesondere bei der Prüfung der Übernahmefähigkeit der Vorschriften der ZPO und des GVG von Bedeutung sind.

15) Eyermann - Fröhler § 173 Rdn. 3.

16) Klinger Anm. zu § 173.

17) Redeker - von Oertzen § 173 Rdn. 2.

1. KAPITEL

Der Rechtscharakter der Verweisung

I § 173 VwGO als Verweisung

1 Wortinterpretation

Wie jeder Rechtssatz gliedert sich auch § 173 VwGO in einen Tatbestand und eine daran anknüpfende Rechtsfolge.¹⁾ Geht man von dem Wortlaut der Vorschrift aus, so setzt der Tatbestand einmal das Fehlen einer Bestimmung über das Verfahren in der VwGO, zum anderen das Fehlen grundsätzlicher Unterschiede zwischen beiden Verfahrensarten voraus.

An diesen Tatbestand knüpft § 173 VwGO die Rechtsfolge der entsprechenden Anwendung von ZPO und GVG. § 173 VwGO enthält also eine Verweisung.

2 § 173 VwGO als echte Verweisung

Ein erstes Auslegungsproblem besteht in der Frage nach der Art der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge in § 173 VwGO. Von großer Bedeutung für die Tragweite der Verweisung ist es, ob sie zwingender Natur ist, ob also bei Vorliegen der Voraussetzungen die Vorschriften der ZPO und des GVG angewendet werden müssen.

Aus dem bloßen Nennen einer Vorschrift läßt sich noch kein Schluß auf den Rechtscharakter der Bezugnahme ziehen.²⁾ Es kann sich dabei um eine rechtlich bedeutungslose "Erwähnung" handeln. Daneben unterscheidet die Verweisungslehre den Hinweis, die "unechte Verweisung"³⁾ von der "echten Verweisung". Während die unechte Verweisung nur deklaratorische Bedeutung haben soll, kommt der echten Verweisung eine konstitutive Wirkung zu. Letztere schafft erst eine bestimmte Regelung, erstere weist lediglich auf eine ohnehin

-
- 1) Vgl. zu Tatbestand und Rechtsfolge allgemein: Larenz, Methodenlehre, S. 180 ff.; Engisch, Einführung, S. 15 ff.
 - 2) Karpen S. 19 f.; Müller, Gesetzestechnik, S. 126.
 - 3) Karpen S. 20 ff.; Müller, Gesetzestechnik, S. 168 f.; vgl. auch Jellinek, der die echte Verweisung als Rezeption (S. 89), die unechte als schlichten Hinweis (S. 96) bezeichnet.

schon bestehende Regelung hin und dient damit "bloß der Bequemlichkeit" des Rechtsanwenders,⁴⁾ dem die entsprechenden Rechtssätze in Erinnerung gerufen werden. Führt die unechte Verweisung zu einer an sich nicht notwendigen Vergrößerung des Umfangs des Gesetzestextes, so sollen durch die echte Verweisung Wiederholungen vermieden werden,⁵⁾ wodurch der Gesetzestext verkürzt wird.

Selbständige Bedeutung kommt der Verweisung des § 173 VwGO demnach nur dann zu, wenn es sich um eine echte Verweisung handelt, die nicht bloß auf eine bereits bestehende Rechtslage hinweist. Enthält § 173 VwGO nur die Anweisung an den Richter, bei der Schließung von aufgetretenen Lücken auch die ZPO und das GVG zu berücksichtigen, so wird damit nur ausgedrückt, was ohnehin schon gilt. Bei einem Analogieschluß kann der Rechtsanwender schon nach der allgemeinen Methodenlehre auf die Bestimmungen der ZPO und des GVG zurückgreifen. Gibt die Vorschrift demgegenüber dem Richter auf, beim Vorliegen der beschriebenen Voraussetzungen ZPO und GVG anzuwenden, wird also die Freiheit des Richters beschränkt, so hat § 173 VwGO konstitutive Bedeutung: Regelungen der ZPO und des GVG werden in die VwGO transponiert, sie könnten also auch dort stehen.

Wenn die Rechtsfolge des § 173 VwGO verschiedentlich als echte Verweisung bezeichnet wird,⁶⁾ so ist damit notwendig zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtsfolgen, nämlich Anwendung von ZPO und GVG, zwingend eintreten, soweit die Voraussetzungen der Verweisung vorliegen. Legt man der Verweisung des § 173 VwGO nur die Bedeutung bei, klarzustellen, daß ZPO und GVG auch generell herangezogen werden können, so wird der Bereich der echten Verweisung verlassen. Entweder führt richtige Rechtsanwendung ohnehin nicht zu dem Umkehrschluß, daß die Spezialverweisungen eine darüber hinausgehende Anwendung von ZPO und GVG hindern, - dann liegt ein bloßer Hinweis vor oder durch die Vorschrift wird die Tragweite der Spezialverweisungen erst beschränkt - dann ist die Nennung der ZPO und des GVG als anwendbare Gesetze nicht mehr, als ein rechtlich bedeutungsloses Zitat.⁷⁾

In Literatur und Rechtsprechung kommt verschiedentlich zum Ausdruck, daß durch § 173 VwGO tatsächlich ein Anwendungszwang festgelegt wird.⁸⁾

4) Müller, Gesetzestechnik, S. 168.

5) Wolff, Gesetzessprache, S. 7 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 198 f.

6) Karpen S. 42; OVG Münster OVGE 20, 229 (240).

7) Widersprüchlich deshalb Karpen, der § 173 VwGO als echte Verweisung bezeichnet (S. 42) und andererseits bloß einen nützlichen Hinweis darin sieht (S. 77).

8) So ausdrücklich OVG Münster OVGE 20, 229 (240); ähnlich BVerwG NJW 71, 1284; BVerwG MDR 72, 170; OVG Münster DVBl 65, 244; Schäfer DVBl 61, 539; Tietgen DVBl 61, 296 f.; abweichend Noack NJW 61, 448, der eine Anwendung von sinnvollen Ergebnissen abhängig macht.

Der Wortlaut der Vorschrift deutet auf dieses Auslegungsergebnis hin. Dort heißt es nicht, "ZPO und GVG sind anwendbar", sondern es wird kategorisch bestimmt, daß die Gesetze anzuwenden sind. § 173 VwGO weist seinem Wortsinne nach nicht nur auf eine Anwendungsmöglichkeit hin, sondern legt als Rechtsfolge die Anwendung fest. Abweichende Auslegungsversuche müssen sich an der Vereinbarkeit mit diesem Wortlaut messen lassen, denn der mögliche Wortsinn bildet die Grenze der Auslegung.⁹⁾ Es braucht hier nicht geprüft zu werden, ob eine abweichende Auslegung über den möglichen Wortsinn hinausführen würde, denn auch andere Gesichtspunkte führen zu diesem Ergebnis.

Auch der historische Gesetzgeber ging vom zwingenden Charakter der Verweisung aus. Bei den Beratungen in den parlamentarischen Gremien wurde immer wieder geprüft, ob die Aufnahme einer Vorschrift in die VwGO nicht im Hinblick auf die entsprechende Regelung in der ZPO entbehrlich erscheint. Die Generalverweisung wurde so als Mittel verstanden, unnötige Wiederholungen durch Rückgriff auf ZPO und GVG zu vermeiden.¹⁰⁾

Ganz bewußt wurde dabei die bestimmende Formulierung gewählt, obwohl die Modellvorschriften der Verwaltungsgerichtsgesetze der Länder teilweise abweichende Regelungen enthielten.¹¹⁾ Die zwingende Anwendung von ZPO und GVG ist Ausdruck des Willens zur Rechtssicherheit. Freies richterliches Ermessen soll erst dann die Richtlinien des Verfahrens bestimmen, wenn auch ZPO und GVG keine passende Regelung enthalten. Die Voraussetzbarkeit richterlicher Entscheidung, ein Gebot der Rechtssicherheit,¹²⁾ wird wesentlich erweitert, wenn über die Generalverweisung weitere positiv-rechtliche Vorschriften in das Verwaltungsverfahren eingeführt werden.¹³⁾

Wenn es schließlich als eines der Ziele des § 173 VwGO angesehen werden kann, eine möglichst große Vereinheitlichung der Prozeßordnungen zu erreichen,¹⁴⁾ so läßt sich diese Absicht durch eine echte Verweisung besser verwirklichen als durch einen unverbindlichen Hinweis an den Richter.

9) Larenz, Methodenlehre, S. 321; Engisch, Rechtslücke, S. 88; Canaris, Lücke, S. 23.

10) Beratungen des Rechtsausschusses III/55 S. 14; amtl. Begründung BT-Drucksache III/55 S. 26.

11) Vgl. § 34 südd. VGG, der dem pflichtgemäßen richterlichen Ermessen den Vorrang einräumt, und § 37 rheinl. - pf. VGG, wonach ZPO und GVG nur ergänzend heranzuziehen sind.

12) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 89.

13) Vgl. amtl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucksache III/55 S. 26.

14) Vgl. Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages BT-Drucksache III/1094 S. 2; vgl. auch VGH Mannheim ESVGH 13, 243(244) und BVerwG NJW 71, 1284.

Im Ergebnis kann deshalb festgehalten werden, daß § 173 VwGO als echte Verweisung anzusehen ist. Soweit der Tatbestand der Norm vorliegt, müssen ZPO und GVG angewendet werden. Das Gesetz läßt dem Rechtsanwender insoweit keinen Entscheidungsspielraum, es besteht vielmehr ein Zwang zur Anwendung.

II § 173 VwGO als Rechtsfindung secundum legem

1 Die Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO und die Anwendung anderer Gesetzesvorschriften im Verwaltungsprozeß

Wenn § 173 VwGO als echte Verweisung charakterisiert wurde, so beinhaltet dies zwar, daß ein Zwang zur Anwendung von ZPO und GVG besteht, damit ist aber nicht gesagt, daß die Heranziehung anderer Gesetze untersagt ist. Führt auch der Verweis auf die ZPO und das GVG nicht weiter, weil sich dort keine einschlägige Regelung findet, dann ist es dem Richter nicht verwehrt, andere Mittel der Rechtsfindung anzuwenden, wie sie nach der allgemeinen Methodenlehre zulässig sind. Dazu gehört auch der Analogieschluß. Dem Richter wird durch die Verweisung des § 173 VwGO nicht versagt, in analoger Anwendung auf andere Gesetze zurückzugreifen, wenn sich aus ZPO und GVG keine Regelung ergibt. Für die analoge Anwendung anderer Vorschriften ist aber nur unter dieser Voraussetzung Raum. Die Anwendung der ZPO und des GVG geht also anderen Gesetzen vor.¹⁾

Dies wird in folgendem Beispiel deutlich:

Gemäß § 91 Abs. 1 VwGO ist eine Änderung der Klage nur zulässig, wenn die übrigen Beteiligten einwilligen oder das Gericht die Änderung für sachdienlich hält. Diese Regelung entspricht dem Zivilprozeß.²⁾ In der VwGO fehlt jedoch eine Präzisierung, was als Klageänderung anzusehen ist oder was trotz Änderung des Begehrens nicht als Klageänderung zu betrachten ist. Eine solche Regelung findet sich in § 268 ZPO, der die Fälle aufführt, in denen trotz im Grunde vorliegender Änderung des Streitgegenstandes keine Klageänderung, die der Zustimmung des Gegners oder der Zulassung durch das Gericht bedarf, notwendig ist. Ersetzt die beklagte Behörde im Laufe eines schwebenden Verwaltungsprozesses den ursprünglichen Verwaltungsakt durch einen neuen, so stellt sich die Frage, ob der Kläger eine Klageänderung durchführen muß, die von der Zustimmung der Behörde oder der Zulassung abhängig ist, wenn er den neuen Verwaltungsakt anfechten will. Bei Anwendung der zivilprozessualen Regeln ist dies zu bejahen. Demgegenüber enthalten Sozialgerichtsgesetz (SGG)³⁾ und Finanzgerichtsordnung (FGO)⁴⁾ hierfür eine spezielle Regelung. Der neue Verwaltungsakt wird

1) Vgl. Klinger Anm. zu § 173; Schunck - De Clerck § 173 Anm. I; Langen S. 117; für § 202 SGG: Peters-Sautter-Wolff § 202 Anm. 4.

2) § 264 ZPO.

3) § 96 SGG.

4) § 68 FGO.

danach ohne Klageänderung Gegenstand des Rechtsstreits, wobei die FGO einen entsprechenden Antrag des Klägers fordert und damit der Dispositionsfreiheit des Klägers Raum läßt.⁵⁾ Gerade die Regelung der FGO erscheint auch für den Verwaltungsprozeß nach der VwGO zweckmäßig. Es ist nicht einzusehen, daß es die beklagte Behörde in der Hand haben soll, den Kläger zu einer Klageänderung zu zwingen, indem sie den ursprünglichen Verwaltungsakt durch einen möglicherweise nicht weniger belastenden und rechtswidrigen Verwaltungsakt ersetzt und damit die Anfechtung des maßgeblichen Verwaltungsakts im angestregten Verfahren von ihrer Zustimmung oder doch der Zulassung durch das Gericht abhängig machen kann. In der Literatur wird deshalb teilweise eine entsprechende Anwendung des § 68 FGO empfohlen.⁶⁾ Mag dies de lege ferenda auch durchaus wünschenswert erscheinen, de lege lata ist für eine Anwendung kein Raum, denn die Anwendung der entsprechenden Regelung der ZPO geht einer Übernahme von Regeln der FGO vor.⁷⁾ Auch bei Ersetzung des angefochtenen Verwaltungsakts durch einen anderen muß deshalb eine Klageänderung durchgeführt werden.⁸⁾

1.1 § 173 VwGO und Lückenbegriff

Daß mit dem durch § 173 VwGO festgelegten Zwang zur Anwendung von ZPO und GVG ein Vorrang der genannten Gesetze vor der entsprechenden Anwendung anderer Gesetzesbestimmungen korrespondiert, läßt sich unschwer aus den von der allgemeinen Methodenlehre aufgestellten Grundsätzen ableiten. Soll eine Norm eines anderen Gesetzes im Bereich der VwGO entsprechend angewendet werden, so ist dies nur im Wege eines Analogieschlusses möglich.⁹⁾ Eine analoge Anwendung setzt eine Lücke in den gesetzlichen Bestimmungen voraus.¹⁰⁾ Eine solche Lücke ist jedoch nicht vorhanden, wenn das Gesetz

5) Vgl. Grunsky S. 126 (§ 13 II 1).

6) Grunsky S. 126 (§ 13 II 1); Groschupf DVBl 61, 840.

7) Allerdings läßt sich auch vertreten, die ZPO enthalte gar keine vergleichbare Regelung, da hier eine Partei die Möglichkeit zu hoheitlicher Entscheidung habe; so Groschupf a. a. O. (Fußnote 6).

8) OVG Münster DVBl 67, 116; Ule, Rechtsschutz im Sozialrecht, S. 262; Eyermann-Fröhler § 91 Rdn. 7; Baumbach-Lauterbach § 268 Anm. 4; Kopp § 91 Anm. 4 c; zur Erforderlichkeit eines weiteren Vorverfahrens vgl. Ule a. a. O. sowie Schweiger DVBl 67, 860.

9) Wobei hier von Spezialverweisungen und Weiterverweisungen abgesehen wird.

10) Vgl. z. B. Bartholomeyczik S. 81 f.

eine Regelung trifft. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn auf andere Gesetzesvorschriften verwiesen wird,¹¹⁾ und zwar selbst dann, wenn eine nicht ohne weiteres bestimmbare Gesetzesnorm Anwendung finden soll,¹²⁾ Durch die Verweisung auf ZPO und GVG in § 173 VwGO werden nicht Lücken geschlossen, sondern es wird deren Entstehen verhindert.¹³⁾

1. 2 § 173 VwGO als Problem der Auslegung

Folgt man der allgemeinen Methodenlehre, so handelt es sich bei der entsprechenden Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO demnach nicht um einen Analogieschluß. Der Richter, der Gesetzeslücken durch analoge Heranziehung anderer Vorschriften schließt, bewegt sich im Bereich der Rechtsfindung praeter legem. Seine Entscheidung wird nicht mehr durch das einschlägige Gesetz gedeckt, sondern rechtfertigt sich aus der Ableitung aus einem Obersatz, der für den zu entscheidenden Fall ebenso gilt, wie für den Fall, für den die gesetzliche Regelung besteht. Bleibt die analoge Anwendung so zwar dem geschriebenen Recht verbunden, so ist sie doch im eigentlichen Sinne Rechtsschöpfung des Richters.¹⁴⁾ Eine "Analogie kraft Gesetzes" ist insoweit im Grunde ein Widerspruch in sich, weil der Richter dann nicht mehr eigenständig rechtsschöpferisch, sondern auf konkrete Anweisung des Gesetzes tätig wird.¹⁵⁾ Die Verweisung des § 173 VwGO ist keine Analogie kraft Gesetzes. Sie gehört nicht zur Rechtsfindung praeter legem, vielmehr wird der Richter bei Anwendung des § 173 VwGO nicht rechtsschöpferisch, sondern nur erkennend tätig. Die Ver-

11) Im Sinne einer echten Verweisung.

12) Vgl. Canaris, Lücke, S. 24; Karpen S. 78 Fußnote 15; ähnlich Engisch, Einführung, S. 137 ff.; auch Keller (S. 59) gebraucht zwar den Ausdruck "Ausführungslücken", räumt aber ein, daß es einleuchtend sei, bei Verweisungen (im engeren Sinne) überhaupt nicht von Lücken zu sprechen.

13) Ausdrücklich: Renck NJW 66, 1247 (1248).

14) Vgl. Bartholomeyczik S. 83; Engisch, Rechtsfreier Raum, S. 429; Herschel AuR 63, 129 (135).

15) Dies gilt jedenfalls dann, wenn das Gesetz eine konkrete Verweisung auf bestimmte Vorschriften enthält. Anders bezeichnet Redeker (NJW 72, 409 (410 f.)) richterliche Rechtsfindung durch Analogieschluß als Erkenntnisvorgang und unterscheidet davon die Bildung von Richterrecht durch volitiven Akt des Richters. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß auch die analoge Rechtsanwendung nicht aus dem Gesetz selbst erkannt werden kann, wenn auch Analogie dem gesetzten Recht mehr verbunden ist, als die Bildung von Richterrecht im Sinne Redekers.

weisung ist Gegenstand der Rechtsfindung secundum legem. Sie gehört begrifflich und gesetzestechisch in den Bereich der Gesetzesauslegung.¹⁶⁾

2 Folgerungen aus dem Rechtscharakter der Verweisung

2.1 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor SGG und FGO

Schon oben wurde an Hand des angeführten Beispiels dargelegt, daß eine Anwendung von SGG und FGO nicht möglich ist, wenn sich aus ZPO und GVG eine Regelung ergibt. Die Heranziehung von SGG und FGO wäre nur mittels eines Analogieschlusses möglich, der aber eine Lücke voraussetzen würde, die angesichts der Verweisung auf ZPO und GVG nicht besteht. Die VwGO hat den entsprechenden Fall eben im Sinne der zivilprozessualen Vorschriften geregelt.¹⁷⁾

Neben dem oben erwähnten Beispiel findet sich ein ähnlicher Problemkreis auch im Bereich der Frage nach der Zulässigkeit und Wirkung eines Anerkenntnisses im Verwaltungsprozeß. Im Gegensatz zu den Regelungen des Zivilprozesses bestimmt § 101 Abs. 2 SGG, daß das Anerkenntnis der Annahme bedarf und nach der Annahme den Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt. Hält man diese Regelung für zweckmäßiger als die der ZPO, so kommt man dennoch nicht an den Bestimmungen der ZPO vorbei. Eine entsprechende Anwendung des § 101 Abs. 2 SGG im Bereich der VwGO ist nur möglich, wenn man die Anwendbarkeit der ZPO insoweit verneint.¹⁸⁾

2.2 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor Analogieschluß innerhalb der VwGO

Bleibt die Verweisung im Bereich der Rechtsfindung secundum legem, ist für eine analoge Anwendung auch dann kein Raum, wenn die analog heranziehende Vorschrift der VwGO selbst entnommen wird. Es trifft nicht zu, daß für die Heranziehung der ZPO und des GVG der Weg erst dann frei ist, wenn sich eine entsprechend anwendbare Norm in der VwGO selbst nicht finden

16) Vgl. Canaris, Lücke, S. 24; Reichel, Festgabe Stammeler, S. 301.

17) Es soll dabei nicht behauptet werden, daß sich der historische Gesetzgeber dieser Umstände stets bewußt war.

18) Vgl. Lang VerwArch 1961, 60 und 175 (181).

läßt.¹⁹⁾ Der Analogieschluß setzt auch dann eine Lücke voraus, die bei richtig verstandener Anwendung des § 173 VwGO nicht vorhanden ist. Dagegen ist eine Heranziehung anderer Vorschriften der VwGO selbstverständlich dann möglich, wenn der Bereich der Rechtsfindung secundum legem nicht überschritten wird. Betätigt sich der Richter aber rechtsschöpferisch im Rahmen der Rechtsfindung praeter legem, so muß er zuvor festgestellt haben, daß ZPO und GVG keine entsprechend anwendbare Regelung enthalten und somit eine Lücke besteht.

2.3 Vorrang der Anwendung von ZPO und GVG vor Landesgesetzen

Eine weitere Konsequenz aus dem Rechtscharakter des § 173 VwGO ergibt sich für die Geltung landesrechtlicher Vorschriften. Gemäß Art. 31 GG bricht Bundesrecht Landesrecht. Landesrechtliche Bestimmungen für den Verwaltungsprozeß sind ungültig, soweit sich eine Regelung im Bundesrecht findet.²⁰⁾ Ist die bundesgesetzliche Regelung dagegen lückenhaft, bleibt der in Art. 31 GG festgelegte Grundsatz wirkungslos.²¹⁾ Bevor der Richter Rechtsfindung praeter legem betreibt, muß er Landesrecht anwenden, auch wenn eine bundesgesetzliche Regelung besteht, diese jedoch unvollständig ist. Landesgesetzliche Regelungen sind umgekehrt ausgeschlossen, soweit die bundesgesetzliche Regelung erschöpfend ist.²²⁾

Trifft § 173 VwGO eine echte Verweisungsanordnung, dann enthält das Bundesrecht - die VwGO - eine Regelung, wenn eine entsprechende Übernahme von Vorschriften der ZPO oder des GVG erfolgen kann, denn dann steht die Verweisung für die Wiederholung des entsprechenden Wortlauts der ZPO und des GVG in der VwGO. Landesrecht, das eine Unvollständigkeit der VwGO ausfüllen

19) So aber Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2 und Baumbach-Lauterbach Übers. vor § 1 ZPO.

20) Auf den Streit, ob sich die Ungültigkeit der Landesgesetze schon aus Art. 71 ff. GG oder aus Art. 31 GG ergibt, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu von Mangoldt-Klein Art. 31 Anm. III 4 ff. einerseits und Maunz-Dürig-Herzog Art. 31 Rdn. 20 ff. andererseits.

21) BVerfGE 7, 342 (354); Bernhardt, Bonner Kommentar Art. 31 Rdn. 23.

22) Vgl. BVerfGE 20, 238 (248 f.). Das BVerfG geht dabei allerdings davon aus, daß der Verwaltungsprozeß generell abschließend in der VwGO geregelt sei, so daß für Landesrecht in diesem Bereich überhaupt kein Raum bleibt. Rechtsfindung praeter legem müßte folgerichtig auch schon dann einsetzen, wenn zwar nicht die VwGO aber doch das Landesrecht eine Regelung enthält.

würde, kann deshalb in diesem Falle nicht angewandt werden.²³⁾ Bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) gegen unanfechtbare Verwaltungsakte hat diese Problematik aktuelle Bedeutung erlangt:

Während sich für verwaltungsgerichtliche Titel die Zulässigkeit einer Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO aus § 167 VwGO ergibt,²⁴⁾ ist dies für die Vollstreckung aus unanfechtbaren Verwaltungsakten höchst umstritten.²⁵⁾ Die Gegner einer Vollstreckungsgegenklage berufen sich teilweise²⁶⁾ auf Spezialregelungen in den Verwaltungsvollstreckungsgesetzen der Länder,²⁷⁾ nach denen die Anordnungsbehörde durch anfechtbaren Verwaltungsakt²⁸⁾ über nachträglich entstandene und den Anspruch selbst betreffende Einwendungen entscheidet. Dieses Argument kann gegenüber einer Anwendung des § 767 ZPO über § 173 VwGO keinen Bestand haben. Da es sich bei der Rechtsfolge des § 173 VwGO um eine echte Verweisung handelt, besteht für das aufgezeigte Problem eine bundesgesetzliche Regelung.²⁹⁾ Diese geht den landesgesetzlichen Bestimmungen vor, so daß § 767 ZPO Anwendung finden muß³⁰⁾ und demnach nicht die Anordnungsbehörde sondern das Verwaltungsgericht zur Entscheidung berufen ist.

23) Nach der oben (Fußnote 22) dargelegten Auffassung des BVerfG kann es ein solches gültiges Landesrecht überhaupt nicht geben, weil der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat (Art. 74 Ziff. 1, Art. 72 Abs. 1 GG). Das Problem der Vorrangigkeit des § 173 VwGO gegenüber Landesrecht stellt sich dann nicht.

24) Vgl. OVG Berlin DÖV 61, 513 (514); Czermak DVB1 63, 23 f.; Grunsky S. 532 (§ 47 V 1).

25) Vgl. z. B. BVerwGE 27, 141 (142); OVG Hamburg DVB1 62, 683; OVG Münster OVG 20, 229 (230 ff.) und NJW 68, 422 f.; Rupp JZ 65, 370 f.; Kreiling NJW 63, 888 f.; Stein NJW 63, 185 ff.; Schenke VerwArch 1970, 260, 342 ff.

26) VGH München NJW 68, 1154; Groß und Kreiling DVB1 63, 393 (394); ähnl. Redeker-von Oertzen § 167 Rdn. 4.

27) Vgl. z. B. § 16 Abs. 2 VwVollstrG Rheinland-Pfalz; Art. 21 BayVwZVG.

28) Vgl. Altmeyer-Lahm § 16 Anm. III 2; Schmitt-Lermann Art. 21 Anm. 2.

29) Auf die Einzelheiten der aufgezeigten Problematik soll hier nicht eingegangen werden, insbesondere kann hier nicht abschließend dazu Stellung genommen werden, ob über §§ 173 VwGO, 767 ZPO tatsächlich eine entsprechende Regelung getroffen wurde.

30) So insbesondere OVG Münster OVG 20, 229 (240); Renck NJW 66, 1247 (1252); Mattenklodt DÖD 66, 21 f.; zum Streitstand: Langen S. 183 ff.

2.4 Anwendung der ZPO nach § 173 VwGO und Gewohnheitsrecht

Auch im Verhältnis zu möglichem Gewohnheitsrecht im Bereich des Verwaltungsprozeßrechts kommt der Einordnung der Rechtsfolge des § 173 VwGO als echte Verweisung Bedeutung zu. Steht das Gewohnheitsrecht in seiner Kraft dem Gesetz gleich, so daß durch Gewohnheitsrecht auch positiv-rechtliche Regelungen außer Kraft gesetzt werden können,³¹⁾ so ist es selbst durch geschriebenes Recht aufhebbar.³²⁾ Älteres Gewohnheitsrecht, das vor Geltung der VwGO bestand, ist demnach aufgehoben, soweit es den nach § 173 VwGO übernahmefähigen Vorschriften der ZPO widerspricht. Käme § 173 VwGO nur die Bedeutung zu, auf die Möglichkeit zur Lückenschließung hinzuweisen, so würde älteres Gewohnheitsrecht weiter Geltung beanspruchen können, denn ein aufhebendes Gesetz wäre dann nicht vorhanden.

Allerdings ist es grundsätzlich denkbar, daß auch im Bereich der Verweisung des § 173 VwGO neues abweichendes Gewohnheitsrecht durch tatsächliche Geltung und Anwendung anderen Rechts entsteht, wenn die Anwendung mit der Überzeugung verbunden ist, daß es sich um Rechtsanwendung handelt.³³⁾ Regelmäßig wird eine gesetzliche Normierung eingehalten werden und so die Entstehung abweichenden Gewohnheitsrechts hindern, zumal dies einer vergleichsweise langen Zeitdauer bedarf.³⁴⁾ Dies gilt auch bei der Verweisung auf ZPO und GVG durch § 173 VwGO, wenn auch zuzugeben ist, daß die Schwierigkeiten, die der Feststellung des maßgebenden Gesetzestextes begegnen, die Entstehung abweichenden Gewohnheitsrechts begünstigen. Eine entsprechende Untersuchung würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

31) BVerwGE 8, 314 (321); Forsthoff S. 147 (§ 7B1).

32) Enneccerus-Nipperdey S. 287 (§ 45 I); BGHZ 9, 339 (349).

33) Vgl. Baumann S. 33; Forsthoff S. 146 f. (§ 7 B 1), der besonders hervorhebt, daß die bloße Fehlinterpretation durch die Gerichte hierzu nicht ausreicht.

34) BVerwGE 8, 314 (321).

2. KAPITEL

Die Verweisungslücke als Voraussetzung für die Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO

I Begriffseinführung: Verweisungslücke - Gesetzeslücke

1 Die Verweisungsanalogie als Rechtsfolge des § 173 VwGO

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Verweisung des § 173 VwGO nicht als bloßer Hinweis auf die Möglichkeit der Lückenschließung mit Hilfe von ZPO und GVG, sondern als echte Verweisung anzusehen ist. Die Anwendung der "Verweisungsobjekte" ¹⁾ ZPO und GVG erfolgt deshalb im Rahmen der Rechtsfindung secundum legem und ist nicht Rechtsfindung praeter legem. Der Richter, der sich bei seiner Entscheidung auf § 173 VwGO stützt, bleibt demnach im Bereich der Auslegung und zieht keinen Analogieschluß.

Dies kann aber nur vom Boden einer allgemeinen Methodenlehre aus behauptet werden, die als Voraussetzung einer Analogie das Bestehen einer Lücke fordert. Die Art und Weise der Rechtsfindung im Bereich des § 173 VwGO ist nämlich mit der Analogie vergleichbar. Rechtsfolge des § 173 VwGO ist eine entsprechende, eine angepaßte Anwendung. Nicht anders kann beim Analogieschluß die analog heranzuziehende Norm nur in angepaßter Form übertragen werden. Die Anwendung von ZPO und GVG kommt nach § 173 VwGO nicht in Betracht, wenn dem grundsätzliche Unterschiede entgegenstehen. Ebenso ist aber auch ein Analogieschluß unzulässig, wenn die Rechtsähnlichkeit zwischen analog heranzuziehender Norm und dem regelungsbedürftigen Tatbestand fehlt. ²⁾ Eine weitere Voraussetzung bei der Anwendung des § 173 VwGO ist schließlich das Fehlen einer abweichenden Regelung in der VwGO. Analoge Anwendung setzt - wie erwähnt - das Bestehen einer Lücke voraus, die natürlich dann nicht vorhanden ist, wenn sich eine Regelung findet.

Kann die Verweisung angesichts der aufgezeigten Unterschiede keine Ana-

1) Diese von Ossenbühl (DVBl 67, 401 ff.) gebrauchte Bezeichnung für die Gesetze, auf die verwiesen wird, kann hier übernommen werden.

2) Karpen (S. 79) bezeichnet die Einschränkung in § 173 VwGO deshalb als im Grunde entbehrlichen Zusatz.

logie im methodologischen Sinne sein, so handelt es sich dabei doch um ein ähnliches Phänomen. Innerhalb der Rechtsfindung secundum legem werden dabei Erkenntnisvorgänge vorausgesetzt und angewandt, die ansonsten im Bereich der Rechtsfindung praeter legem bekannt sind. Man kann so von einer Analogie innerhalb der Auslegung sprechen.³⁾ Zu Recht wird die entsprechende Heranziehung anderer rechtsähnlicher Normen deshalb als Verweisungsanalogie bezeichnet.⁴⁾

2 Voraussetzung des § 173 VwGO: Lücke innerhalb der Rechtsfindung secundum legem

Trotz der oben festgehaltenen Ähnlichkeiten in der Rechtsfolge bleibt daran festzuhalten, daß Voraussetzung für die Verweisung des § 173 VwGO nicht das Bestehen einer Lücke sein kann, wie sie für die Zulässigkeit eines Analogiebeschlusses erforderlich ist. § 173 VwGO hindert das Entstehen von Lücken und setzt sie nicht voraus.⁵⁾

Andererseits drängt sich nach dem Sprachgebrauch auch für die Voraussetzungen des § 173 VwGO der Begriff "Lücke" auf. Wie die Lücke im methodologisch richtigen Sinne setzt die Verweisung das Fehlen einer Regelung voraus. Es verwundert deshalb keineswegs, daß sich in Literatur und Rechtsprechung häufig die eigentlich fehlerhafte Formulierung findet, Voraussetzung für die Anwendung von ZPO und GVG über § 173 VwGO sei das Bestehen einer Lücke.⁶⁾ Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch deutet der Begriff "Lücke" auf eine Unvollständigkeit hin, wie sie ja auch im Bereich des § 173 VwGO vorliegen muß. Der allgemeine Sprachgebrauch tritt bei der Beschreibung eines rechtlich bedeutsamen Phänomens hinter dem spezifisch juristischen Sprachgebrauch zurück. Dort aber wird sich der Begriff "Lücke" stets in Verbindung mit den Voraussetzungen der Rechtsfindung praeter legem bringen lassen. Ohne klarstellenden Zusatz wird dem Begriff "Lücke" stets diese Bedeutung zugemessen werden.

3) Der oben (Seite 10) kritisch betrachtete Begriff "Analogie kraft Gesetzes" hat deshalb insoweit eine richtige Bedeutung, doch wird dieser Zusammenhang durch die zusatzlose Formulierung mehr verwischt als aufgezeigt.

4) Canaris, Lücke, S. 24; Karpen S. 78; ähnl. auch Reichel, Festgabe Stammler, S. 301 ff.

5) Vgl. oben S. 9 f.

6) Vgl. z. B. BVerwG NJW 68, 1153; OVG Münster OVGE 16, 231 (232); ähnlich BFH NJW 70, 2319 (2320); Probst, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 145 (146).

3 Definition: Verweisungslücke - Gesetzeslücke

Bei der Suche nach einem solchen klarstellenden Zusatz bietet sich die Unterscheidung zwischen "echten" Lücken für die Beschreibung der Voraussetzungen eines Analogieschlusses und "unechten" Lücken für die Beschreibung der Voraussetzungen der Verweisungsanalogie an. Doch ist gerade dieser Unterscheidung in der Methodenlehre eine spezifische Bedeutung beigemessen worden, die die hier erforderliche Trennungslinie nicht trifft.⁷⁾ Nicht besser liegt es bei der Verwendung des Begriffspaares "eigentliche und uneigentliche" Lücke⁸⁾ oder bei der Unterteilung in einen Primärbereich bei der Verweisung und einen Sekundärbereich bei der Analogie.⁹⁾ Überhaupt findet sich im Bereich des Lückensbegriffs kaum eine Formulierung, die nicht schon in einer abweichenden, für die hier gewünschte Klarstellung unpassenden Bedeutung verwandt worden wäre.¹⁰⁾ Für die Voraussetzungen der Verweisung hat lediglich KELLER¹¹⁾ einen spezifischen Begriff geprägt, indem er sie den "Ausführungslücken" zuordnet. Diese liegen aber auch dann vor, wenn auf "außerhalb des geformten Rechts liegende Fakten", z. B. die guten Sitten verwiesen wird. KELLER stellt die Ausführungslücken mit "Lücken intra legem" gleich.¹²⁾ So nützlich und sinnvoll diese Unterscheidung auch sein mag, für die hier benötigte Klarstellung sind die geprägten Begriffe nicht tauglich.

Angesichts der Vielfalt der Unterscheidungen und Begriffe für die verschiedenen Arten von Lücken bleibt nichts anderes übrig, als Zuflucht zu einer blossen Definition zu nehmen, die auch Überschneidungen mit sachlich abweichenden Terminologien riskiert.¹³⁾

Entsprechend der oben erwähnten Bezeichnung "Verweisungsanalogie" für die Beschreibung der Rechtsfolge des § 173 VWGO soll die Lücke, die Voraus-

7) Die Unterscheidung zwischen "echten" und "unechten" Lücken geht auf Zitelmann zurück, der eine echte Lücke annahm, wenn das Gesetz eine Antwort überhaupt schuldig bleibt, eine unechte dagegen, wenn "für einen besonderen Tatbestand eine besondere von der allgemeinen Regel abweichende Behandlung im Gesetz vermißt wird"; vgl. Zitelmann S. 27 ff.; ebenso Burckhardt, Methode, S. 259 ff.

8) Vgl. Burckhardt, Lücken des Gesetzes, S. 103 ff.

9) Vgl. Engisch, Einführung, S. 141.

10) Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Canaris, Lücke, S. 131.

11) Keller S. 59 f.

12) Keller S. 59 f.; zu Lücken intra legem vgl. Meyer-Hayoz, Festschrift Germann, S. 158.

13) Vgl. Engisch, Einführung, S. 136.

setzung der Verweisung ist, als "Verweisungslücke" bezeichnet werden. Dabei soll nicht verkannt werden, daß diese Formulierung die Gefahr der Verwechslung mit einem Fall lückenhafter Verweisung in sich birgt; die insoweit treffenden Bezeichnungen "Lücke zur Verweisung" oder "Lücke für Verweisung" haben aber den Nachteil sprachlicher Ungewandtheit für sich.¹⁴⁾

Die Lücke dagegen, die Voraussetzung für einen Analogieschluß, also der Rechtsfindung *praeter legem* ist, soll als "Gesetzeslücke" bezeichnet werden.¹⁵⁾ Sieht man von der Geltung von Gewohnheitsrecht ab,¹⁶⁾ dann besteht eine Lücke in diesem Sinne nämlich dann, wenn sich aus dem festgelegten Rechtssatz eine Regelung nicht entnehmen läßt, seine Auslegung erfolglos bleibt.¹⁷⁾

14) Eine lückenhafte Verweisung liegt vor, wenn sie nicht vollständig ist, sei es, daß sie nicht in allen erforderlichen Fällen eine Anordnung trifft, sei es, daß sie nicht auf alle erforderlichen Normen verweist. Die Regelung durch die Verweisung ist dabei unvollständig, so daß für die Rechtsfindung *praeter legem* Raum bleibt,

15) Vgl. Engisch, Einführung, S. 135 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 350 f.

16) Vgl. dazu oben S. 14 f.

17) Die Frage, ob sich die Lückenhaftigkeit nur auf das konkrete Gesetz bzw. den konkreten Rechtssatz bezieht (Normlücke) oder vielmehr auf das gesamte Recht, ist dabei ohne Bedeutung und kann dahingestellt bleiben, denn jedenfalls hindert eine Regelung nach § 173 VwGO das Entstehen einer Lücke. Mit der Bezeichnung "Gesetzeslücke" wird deshalb nicht in einem bestimmten Sinne Stellung bezogen.

II Das Fehlen einer Regelung als Abgrenzungsmerkmal der Verweisungslücke

Wie die Gesetzeslücke, so kann auch die Verweisungslücke nur dann entstehen, wenn sich keine Bestimmung im Gesetz findet. Schon aus dem Wortlaut des § 173 VwGO folgt, daß die Verweisung nur dann eingreift, wenn die VwGO selbst keine Bestimmungen enthält. Abschließende Regelungen in der VwGO schließen also eine Anwendung des § 173 VwGO aus.¹⁾

1 Positive Regelung im Gesetz

Unproblematisch ist dabei der Fall, daß die VwGO ausdrücklich eine Bestimmung enthält, die einen Rückgriff auf die ZPO verbietet. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Bestimmung der VwGO in ihrem sachlichen Gehalt zu einer von der ZPO abweichenden oder nur zu einer ergänzenden Regelung führt.

Im Gegensatz zum Zivilprozeß, wo § 553 Abs. 1 Satz 1 ZPO bestimmt, daß die Revision beim Revisionsgericht, also beim *judex ad quem* einzulegen ist, muß sich im Verwaltungsprozeß gemäß § 139 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Prozeßpartei, die Revision einlegen will, an den *judex a quo* wenden. Ähnlich ist auch § 515 Abs. 3 ZPO durch § 126 Abs. 2 VwGO ersetzt²⁾ und folgt die Unanwendbarkeit des § 519 Abs. 1 ZPO aus § 124 Abs. 3 VwGO, da im Verwaltungsprozeß die Berufung nur begründet werden soll, nicht aber muß. Ebenso läßt sich § 162 VwGO als abschließende Regelung betrachten, die zur Unanwendbarkeit von § 91 ZPO führt.³⁾

2 Spezialverweisung

Eine positive Regelung liegt auch dann vor, wenn die VwGO speziell auf eine Vorschrift der ZPO verweist.⁴⁾ Auch hier gilt nämlich, daß die Verweisung den Wortlaut der entsprechenden Vorschrift der ZPO, auf die verwiesen

1) Vgl. BVerwG NJW 68, 1153; VG Düsseldorf NJW 68, 1947; Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2; Schunck-De Clerck § 173 Anm. 1.

2) Vgl. Eyermann-Fröhler § 126 Rdn. 9; Redeker-von Oertzen § 126 Rdn. 6.

3) Vgl. VG Bremen NJW 69, 948 (949); and. OVG Münster DVBl 65, 244 (245); OVG Lüneburg OVGE 25, 491 (492 f.).

4) Vgl. Schenke VerwArch 1970, 260 (266), für das Verhältnis von § 173 VwGO zu § 168 VwGO.

wird, in die VwGO transponiert. Es ist deshalb davon auszugehen, daß die entsprechende Vorschrift der ZPO in der VwGO steht und somit für die Generalverweisung des § 173 VwGO kein Raum bleibt, weil eine Verweisungslücke im oben beschriebenen Sinne nicht entstehen kann.⁵⁾

3 Auslegung

Die VwGO enthält nicht nur dann eine Bestimmung, wenn ausdrücklich eine Regelung getroffen worden ist, vielmehr kann sich auch erst aus der Auslegung ergeben, daß in Wahrheit eine Bestimmung vorliegt.⁶⁾ Dies ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit, denn die Wortinterpretation ist nur ein Erkenntnismittel zur Feststellung des Gesetzesinhalts. Nicht anders dienen auch die anderen Auslegungsmittel dem Erkennen dieses Inhalts.⁷⁾ Wenn sich - innerhalb des möglichen Wortsinns -⁸⁾ Umfang und Ausmaß des Gesetzesbefehls durch andere Auslegungsmittel besser feststellen lassen, so bleibt diese Auslegung doch nur Ermittlung der getroffenen Regelung. Dazu tragen also alle Auslegungskriterien bei.⁹⁾ Wurde die Anwendung der Generalverweisung des § 173 VwGO als Auslegung charakterisiert, so stellt sich nunmehr die Frage, ob in der Forderung, daß die VwGO keine eigene Regelung enthalten darf, wenn die Generalverweisung zum Zuge kommen soll, nicht ein Widerspruch in sich selbst liegt. Diese Aussage läßt sich in der Tat nur halten, wenn zwischen den herkömmlichen Mitteln der Auslegung und der Heranziehung der ZPO über § 173 VwGO ein qualitativer oder ein Rangunterschied besteht. Dies wird aber gerade durch die Formulierung des § 173 VwGO zum Ausdruck gebracht, der nur dann zur Geltung kommen soll,

5) Beispiele für Spezialverweisungen: §§ 54 Abs. 1, 57 Abs. 2, 64, 123 Abs. 3, 159, 166 Abs. 1 VwGO.

6) Vgl. Klinger Anm. zu § 173 VwGO.

7) In diesem Zusammenhang braucht nicht auf die verschiedenen Auslegungstheorien eingegangen zu werden. Im Grunde leugnet keine die Eignung einzelner Auslegungsmittel, vielmehr wird ein Rangsystem gebildet, in dem einzelnen Auslegungskriterien vorrangige Bedeutung eingeräumt wird. Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 320; Baumann S. 91 f.; sowie die kurze Zusammenstellung bei Vogel S. 35.

8) Friedrich Müller, Methodik, S. 140; Zippelius, S. 56; Larenz, Methodenlehre, S. 320; vgl. auch BVerfGE 13, 261 (268).

9) Engisch, Einführung, S. 219 (Fußnote 74 b); Zippelius S. 57 ff.; Friedrich Müller, Methodik, S. 135, bezeichnet sie als Mittel der Normkonkretisierung (S. 152), als Mittel der Textinterpretation im Dienste der Normsetzung.

wenn sich keine abweichende Bestimmung in der VwGO findet. Kraft gesetzlicher Regelung wird damit die Anwendung von ZPO und GVG über § 173 VwGO erst dann Gegenstand der Auslegung, wenn bestimmte Voraussetzungen zuvor ermittelt worden sind. Die Erkenntnis dieser Voraussetzungen ist also logisch vorgeschaltet. Auslegung als Voraussetzung des § 173 VwGO ist damit eine Auslegung im engeren Sinne, die die entsprechende Anwendung von ZPO und GVG über § 173 VwGO denknotwendig ausklammern muß.

3.1 Beispiel: Die historische Auslegung

Auch die historisch-genetische Auslegung ist ein solches Erkenntnismittel im oben beschriebenen Sinne. Die Wirksamkeit dieses Erkenntnismittels zeigt sich bei folgendem Beispiel:

Nach § 328 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in der Form zu entscheiden, die für die nachgeholte Prozeßhandlung gilt, also durch Urteil oder Beschluß, je nachdem, ob die Entscheidung in der Hauptsache in dieser Form ergehen müßte. Für den Verwaltungsprozeß wird teilweise eine entsprechende Anwendung des § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO über § 173 VwGO angenommen.¹⁰⁾ Die Gegenmeinung wendet dagegen ein, § 60 Abs. 4 VwGO habe keine Lücke hinterlassen, für eine entsprechende Anwendung sei kein Raum, es sei deshalb stets durch Beschluß zu entscheiden.¹¹⁾ Zum Beweis der Lückenlosigkeit wird angeführt, daß der Gesetzgeber an "der bewährten Regelung der bisherigen Verwaltungsgerichtsgesetze"¹²⁾ habe festhalten wollen.¹³⁾ Der Entstehungsgeschichte komme stärkeres Gewicht zu als der Geltung von Vorschriften der ZPO über § 173 VwGO.¹⁴⁾

Ohne im konkreten Fall über die Richtigkeit der einen oder der anderen Auffassung befinden zu wollen, kann doch gesagt werden, daß die Gegner einer Anwendung des § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO zu Recht die Prüfung der Lückenhaftig-

10) VGH München DVBl 61, 50; OVG Münster OVGE 16, 231 f. und OVGE 24, 259 (260); OVG Lüneburg NJW 71, 2324; OVG Hamburg MDR 68, 873 (874); OVG Koblenz VerwRspr. 24 Nr. 111 (S. 482); Ule, Kommentar, § 60 Anm. II; Baumbach-Lauterbach § 238 Anm. 4.

11) Vgl. BVerwGE 13, 141 (145); VGH Kassel DÖV 66, 655; VG Saarlouis NJW 69, 947; Redeker-von Oertzen § 60 Rdn. 20.

12) Amtl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucksache I/4278 Anlage 1 S. 39.

13) BVerwGE 17, 207; Schunck-De Clerck § 60 Anm. 4; ähnlich Jecht NJW 64, 533 f.

14) So ausdrücklich: VGH Mannheim NJW 70, 347 f.

keit der Regelung in der VwGO fordern und dabei auch die Entstehungsgeschichte berücksichtigen. Die Auffassung, der Entstehungsgeschichte komme eine größere Bedeutung zu als der Geltung der ZPO über § 173 VwGO, ist zumindest dann richtig, wenn sich mit ihrer Hilfe ein klares Ergebnis der Auslegung finden läßt. Die Auslegung der Vorschriften der VwGO ergibt dann nämlich, daß in Wahrheit eine Regelung des entsprechenden Problemkreises besteht, daß also auch keine Verweisungslücke vorliegen kann. Dann bleibt für eine Anwendung der ZPO über § 173 VwGO kein Raum.

3.2 Fälle des "beredten Schweigens"

Eine Verweisungslücke liegt auch dann nicht vor, wenn die Auslegung ergibt, daß eine Regelung vorhanden ist, obwohl der Gesetzeswortlaut den zur Entscheidung anstehenden Fall nicht trifft, wenn nämlich ganz bewußt die Regelung beschränkt worden ist. Dann ist das Schweigen des Gesetzes beredt. Es läßt sich der Gegenteilsschluß ziehen, daß der nicht erfaßte Fall der Gesetzesbestimmung nicht zugeordnet werden kann (*argumentum e contrario*).¹⁵⁾ So liegt es in folgendem Beispiel:

In Literatur und Rechtsprechung ist streitig, ob neben § 67 Abs. 2 VwGO gemäß § 173 VwGO im Verwaltungsprozeß § 157 Abs. 1 ZPO anwendbar ist. Übereinstimmend wird davon ausgegangen, daß auch im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Rechtsberatungsgesetz gilt, so daß das geschäftsmäßige Betreiben fremder Rechtsangelegenheiten verboten ist.¹⁶⁾ Davon wird grundsätzlich auch das Auftreten in der mündlichen Verhandlung erfaßt, doch ist diese Frage in § 157 Abs. 1 ZPO eingehender und enger geregelt. Während das Rechtsberatungsgesetz etwa die Tätigkeit von Verbands- oder Gewerkschaftsvertretern zuläßt,¹⁷⁾ wird diesen durch § 157 Abs. 1 ZPO das Auftreten in der mündlichen Verhandlung im Zivilprozeß verwehrt.¹⁸⁾ Folgt man einem Teil der Literatur, so gilt dies auch für den Verwaltungsprozeß.¹⁹⁾ Dagegen wendet die wohl herrschende Meinung ein, § 67 Abs. 2 VwGO enthalte eine abschließende Regelung. Zu Recht verweist sie darauf, daß das Fehlen einer dem § 157

15) Zumindest für die Gesetzeslücke ist dies in der Methodenlehre weitgehend anerkannt. Vgl. für alle: Bartholomeyczik S. 91 f.

16) § 1 Abs. 1 Rechtsberatungsgesetz.

17) § 7 Rechtsberatungsgesetz.

18) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 157 Anm. 2 A.

19) Vgl. Ule, Kommentar, § 67 Anm. II 1; Koehler § 67 Anm. VI 3; Wirtz NJW 68, 1025 (1026); Bittner DVBl 73, 24 (27 f.); Schäfer DVBl 61, 539 (542); Klein DVBl 67, 945 f.

Abs. 1 ZPO entsprechenden Vorschrift nur als beredtes Schweigen gedeutet werden kann.²⁰⁾ Im Gegensatz zum Zivilprozeß sind für den Verwaltungsprozeß die Bestimmungen des Rechtsberatungsgesetzes als ausreichend anzusehen. Eine Verweisungslücke, die Voraussetzung für die Anwendung der ZPO über § 173 VwGO ist, kann hier nicht entstehen.

Besondere Bedeutung hat der Gegenteilsschluß, wenn die VwGO speziell auf Vorschriften der ZPO oder des GVG verweist, dabei aber Teilbereiche der zivilprozessualen Regelung ausklammert. Daraus kann oft gefolgert werden, daß die "ausgesparte" Vorschrift nicht gelten soll. Auch dann besteht in Wahrheit eine konkrete Regelung, die das Bestehen einer Verweisungslücke hindert.²¹⁾ Zu Recht wird etwa aus dem Fehlen einer Verweisung in § 55 VwGO auf § 199 GVG und in § 57 Abs. 2 VwGO auf § 223 ZPO gefolgert, daß es im Verwaltungsstreitverfahren keine Gerichtsferien gibt.²²⁾

Andererseits kann nicht genug davor gewarnt werden, aus dem Fehlen einer Spezialverweisung stets einen Gegenteilsschluß zu ziehen. Dies ist nur unter Berücksichtigung der Auslegungskriterien im Einzelfall möglich.²³⁾ Ob man beispielsweise aus der fehlenden Verweisung in § 123 Abs. 3 und 4 VwGO ohne weiteres auf die Unanwendbarkeit des § 922 ZPO schließen kann,²⁴⁾ so daß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über den Antrag auf eine einstweilige Anordnung stets durch Beschluß zu entscheiden ist, muß zweifelhaft erscheinen.²⁵⁾ Hier kann die Auslegung auch ergeben, daß ein Redaktionsversehen vorliegt, das eine Lücke hinterlassen hat, die im Wege der Generalverweisung des § 173 VwGO zu schließen ist.

20) Vgl. VGH Mannheim DVBl 62, 185 (186 f.); OVG Münster NJW 67, 1340 f.; Baumbach-Lauterbach § 157 Anm. 5; Eyermann-Fröhler § 67 Rdn. 27 f.; Redeker-von Oertzen § 67 Rdn. 11; Kopp § 67, Anm. 4.

21) Vgl. Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2.

22) BVerwG DÖV 61, 912 (Nr. 239); Redeker-von Oertzen § 57 Rdn. 9; Schunck-De Clerck § 57 Anm. 3 c; Koehler § 173 Anm. IV 8; Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 4.

23) Vgl. Peters DÖV 67, 407 (409); ausdrücklich weist darauf die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs hin (BT-Drucksache III/55 S. 26).

24) So BVerwGE 30, 91 (94 ff.).

25) OVG Berlin AS 6, 158 f.; VGH München BayVwBl 66, 207 (208); Ule, Lehrbuch, S. 276 f. (§ 67 IV 1).

III Das Abgrenzungsmerkmal "Planwidrigkeit" bei der Verweisungslücke nach § 173 VwGO

1 Die Funktionen des Merkmals "Planwidrigkeit" bei der Gesetzeslücke und deren Bedeutung bei der Verweisungslücke nach § 173 VwGO

Für das Bestehen einer Gesetzeslücke kann nicht allein das Fehlen einer gesetzlichen Regelung maßgeblich sein. Eine Gesetzeslücke kann sich nur dort bilden, wo eine Unvollständigkeit des Gesetzes gegeben ist, wo eine Regelung fehlt, obwohl sie eigentlich vorhanden sein sollte.

Bei der Rechtsfindung *praeter legem* verläßt der Richter den durch Auslegung erkannten Regelungsgehalt des Gesetzes. Diese Rechtsfindung bedarf der Begrenzung. Mag eine Regelung *de lege ferenda* auch wünschenswert erscheinen, so hat sich der Richter dennoch an die Regelung *de lege lata* zu halten. Ein rechtspolitischer Fehler berechtigt den Richter nicht zur Berichtigung unter dem Vorwand der Lückenschließung. Eine Gesetzeslücke besteht deshalb nur dann, wenn eine Regelung fehlt, obwohl sie sich im Gesetz finden sollte, wenn also ihr Fehlen "planwidrig" ist.¹⁾

1.1 Planwidrigkeit als Wertungsfrage

Zu Recht stellt CANARIS²⁾ fest, daß mit der bloßen Feststellung der Existenz und Notwendigkeit des Merkmals Planwidrigkeit nicht viel gewonnen ist. Entscheidend ist vielmehr, wonach sich bestimmt, ob sich eine Regelung "im Gesetz finden sollte". Hier setzt die wertende und erkennende Tätigkeit des Richters ein.³⁾ Die Lösung dieser Frage wird im wesentlichen aus zwei verschiedenen Ansatzpunkten heraus zu finden gesucht. Teilweise erfolgt eine Orientierung am überpositiven Recht, letzten Endes am allgemeinen Rechtsgefühl. So liegt nach BINDER eine Lücke vor, "wenn eine durch die gegebenen sozialen

1) Vgl. Canaris, Lücke, S. 16 ff. und 29 ff.; Engisch, Einführung, S. 138; ders., Rechtslücke, S. 94; Larenz, Methodenlehre, S. 354; ähnlich auch BVerwGE 11, 263 (264); vgl. jedoch auch Esser, Vorverständnis, S. 174 f., der die Feststellung der Planwidrigkeit aus dem System als Zirkelschluß bezeichnet und deshalb deren Bedeutsamkeit in Zweifel zieht.

2) Canaris, Lücke, S. 16 ff.

3) Canaris, Lücke, S. 31; ebenso auch Esser, Vorverständnis, S. 174 f.; ders., Grundsatz und Norm, S. 252 Fußnote 56.

und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet", 4) während STAMMLER das "richtige Recht" 5) und SAUER die "Rechtsidee", 6) als Kriterien bestimmen. Ähnlich hält ZIPPELIUS 7) das Gesetz für ergänzungsbedürftig und somit für lückenhaft, wenn die bloße Auslegung zu Ergebnissen führt, die dem "herrschenden Sozialethos" widersprechen.

Demgegenüber versucht die Gegenmeinung die Kriterien, nach denen sich die Planwidrigkeit bestimmt, aus dem gesetzten Recht selbst zu gewinnen. Maßstab der Wertung ist danach die Teleologie des Gesetzes 8) oder der Geist der Rechtsordnung, 9) die Teleologie des Gesamtrechtssystems. 10)

Im folgenden soll von dieser letzten, wohl herrschenden Auffassung ausgegangen werden. 11) Ihr ist der Vorzug zu geben, weil sie sich an der gesetzgeberischen Entscheidung orientiert und so zu einer faßbaren Begrenzung richterlichen Ermessens führt, während die Gegenmeinungen dem Anliegen des Merkmals Planwidrigkeit nicht gerecht werden können, sondern die gewonnene Begrenzung durch allzu unscharfe Wertungskriterien wieder aufs Spiel setzen. 12)

1.2 Aufgaben des Merkmals Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke

Es wurde bereits hervorgehoben, daß es Aufgabe des Merkmals Planwidrigkeit ist, eine Begrenzung der Freiheit des Richters bei der Rechtsfindung praeter

4) Binder S. 984.

5) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 185 f.; ders., Theorie der Rechtswissenschaft S. 645.

6) Sauer, Methodenlehre, S. 283.

7) Zippelius S. 69.

8) Larenz, Methodenlehre, S. 353; ders. NJW 65, 1 ff.

9) Teichmann S. 80.

10) Canaris, Lücke, S. 37 ff.; ähnlich Bartholomeyczik S. 82.

11) Dabei kann hier den angedeuteten Differenzierungen innerhalb dieser herrschenden Meinung keine besondere Bedeutung geschenkt werden.

12) Angesichts des eben kurz skizzierten Bedeutungsinhalts erscheint der Begriff "Planwidrigkeit" als wenig glücklich. Treffender wäre es wohl gewesen, von "Systemwidrigkeit" zu sprechen, weil damit der Maßstab des Gesetzes- oder Gesamtrechtssystems besser zum Ausdruck gekommen wäre. (Vgl. Canaris, System, S. 98 ff.; vgl. aber auch VerfGH Rheinland-Pfalz AS 11, 118 (133), wo dieser Begriff im Sinne einer Vereinbarkeit mit dem System gebraucht wird, während hier das System gerade selbst eine Ergänzung fordern muß.)

legem zu erreichen und die Grenzlinie zwischen ausfüllungsbedürftiger Lücke und rechtspolitischem Fehler deutlich zu machen. Dies bedarf noch einer Präzisierung. Die Negation der Planwidrigkeit als Voraussetzung der Gesetzeslücke hätte zur Folge, daß der Richter immer schon dann rechtsschöpferisch *praeter legem* tätig werden könnte, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt. Was hindert ihn dann daran, das Fehlen einer Ausnahmebestimmung zu erkennen, wenn eine Regelung vorhanden ist? Konsequenz zu Ende gedacht wäre er in der Lage, das geltende Recht in weiten Teilen außer Kraft zu setzen, weil er mittels Lückenfüllung in die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen Ausnahmeregelungen einführen kann. Es liegt auf der Hand, daß damit in Wahrheit Rechtsfindung *contra legem* betrieben würde.

Wäre diese Pervertierung des Gedankens der Rechtsfindung *praeter legem* der alleinige Grund für die Bestimmung des Merkmals Planwidrigkeit, so könnte man dies nicht ohne Grund als weltfremdes Theoretisieren abtun. Rechtsfindung *contra legem* liegt aber auch dann vor, wenn der Richter durch "Lückenfüllung" in den rechtsfreien Raum ¹³⁾ vorstößt, den das Gesetz bewußt einer rechtlichen Regelung entzogen hat. ¹⁴⁾ Eine gewisse Ähnlichkeit zum *argumentum e contrario* läßt sich dabei nicht leugnen, denn aus dem Schweigen des Gesetzes wird hierbei eine Folgerung gezogen; während jedoch beim *argumentum e contrario* aus dem Gesetz geschlossen werden kann, daß eine bestimmte Regelung vorliegt, unterfällt ein Sachverhalt dem rechtsfreien Raum, wenn sich aus dem Gesetz nur ergibt, daß gerade keine Regelung erfolgen soll, weil sich das Recht überhaupt einer Stellungnahme enthält. Das Schweigen des Gesetzes ist auch insoweit beredt, weil es anzeigt, daß überhaupt keine Regelung erfolgen soll, ¹⁵⁾ das Fehlen somit nicht planwidrig ist. ¹⁶⁾

Daneben ¹⁷⁾ gibt es aber auch zahlreiche Fälle, in denen sich das Recht

13) Vgl. zum Begriff des "rechtsfreien Raums": Canaris, Lücke, S. 40 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 351; Engisch, Einführung, S. 136 und ders., Rechtsfreier Raum, S. 385 ff.

14) Beispiel: Die Regeln der Höflichkeit sind nicht justiziabel.

15) Das Schweigen ist ein "qualifiziertes Schweigen"; vgl. Canaris, Lücke, S. 40 ff.; Germann S. 124.

16) Daraus folgt, daß die "Lücken" *de lege lata* unausfüllbar sind. Bedenklich erscheint es deshalb, die Ausfüllbarkeit als Voraussetzung für das Bestehen einer Lücke anzusehen (Engisch, Rechtslücke, S. 100).

17) Es bedarf hier keines gesonderten Hinweises, daß sich gerade bei der Abgrenzung des "rechtsfreien Raumes" zahlreiche Definitionen finden, die sich mit der hier vorgenommenen nicht immer decken. Diese Begriffsvielfalt im Auge zu behalten mahnt Engisch, Rechtsfreier Raum, S. 430.

nicht einer Regelung enthält, sondern in denen eine solche lediglich fehlt.¹⁸⁾ Auch daraus kann nicht geschlossen werden, daß eine ausfüllungsbedürftige Lücke vorliegt.¹⁹⁾ Der Richter würde in diesem Fall zwar nicht contra legem²⁰⁾ urteilen, - denn es ist keine Regelung vorhanden, die er außer acht läßt - seine Rechtsfindung bliebe jedoch ohne jeden Rückhalt im Gesetz, es wäre Rechtsfindung sine lege. Eine Legitimation zu solcher Rechtsschöpfung hat der Richter nicht.

Damit ist zugleich der verfassungsrechtliche Bezug des Merkmals Planwidrigkeit angesprochen: Wenn bei der Abgrenzung der Möglichkeiten des Richters bei der Rechtsfindung praeter legem besonderer Wert darauf gelegt werden muß, daß der Richter nicht als Gesetzgeber tätig wird, so ist dies Ausdruck des Gewaltenteilungsprinzips, wie es in Art. 20 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich festgelegt ist. Überschreitet der Richter die Grenzen der rechtsprechenden Gewalt, so verletzt er diesen Grundsatz des Verfassungsrechts. Seine Rechtsfindung darf sich nicht von ihrer Grundlage, dem Gesetzesrecht, entfernen und sich gesetz-

-
- 18) Die Lehre vom allgemeinen negativen Satz, wonach das Schweigen des Gesetzes stets als "qualifiziertes Schweigen" anzusehen ist, ist widerlegt (vgl. Keller S. 76).
- 19) Aus der Tatsache etwa, daß sich ein Sachverhalt nicht unter § 823 Abs. 1 und 2 oder § 826 BGB subsumieren läßt, wird regelmäßig gefolgert, daß - läßt man einmal die anderen eng begrenzten Anspruchsgrundlagen außer acht - aus unerlaubter Handlung kein Schadensersatzanspruch besteht. (Vgl. das Beispiel bei Canaris, Lücke, S. 52). Eine praktische Auswirkung dieses Prinzips ist die Rechtsprechung, wonach kein Schadensersatzanspruch besteht, wenn durch Stromausfall infolge fahrlässiger Beschädigung der Kabel bei Erdarbeiten eine Betriebsstörung mit Produktionsausfall eintritt (vgl. dazu BGHZ 41, 123; BGH NJW 68, 1280 und LG Mannheim NJW 69, 2204). Mag man es rechtspolitisch im Interesse eines ausgewogenen Bildungsangebots für notwendig halten, allen Studenten die erforderlichen Bücher unentgeltlich zu Eigentum zu überlassen, so darf der damit befaßte Richter diese Lernmittelfreiheit dennoch nicht im Wege der Lückenschließung "verordnen". Eine solche Regelung zu schaffen, ist Sache des Gesetzgebers, nicht des Richters. Diese Befugnis wäre ihm aber eingeräumt, wenn das Fehlen einer Regelung alleiniges Kriterium für die Berechtigung des Richters zur Lückenfüllung wäre (vgl. Canaris, Lücke, S. 51, der von "argumentum e silentio" spricht).
- 20) Abweichend wohl Canaris, Lücke, S. 31 ff., der die Planwidrigkeit schlechthin als Abgrenzungsmerkmal zur Rechtsfindung contra legem ansieht.

geberische Befugnisse anmaßen.²¹⁾ Das Merkmal Planwidrigkeit erfüllt hier die Aufgabe, eine Grenzlinie zu ziehen zwischen unzulässigem Eingriff in die Sphäre der Gesetzgebung und der notwendigen Rechtsfindung praeter legem. Trotz der eingeräumten Freiheit wird der Richter hierdurch in gewisser Weise an das Gesetz gebunden, da eine Lückenschließung nur möglich ist, wo das Gesetzssystem die Ergänzung fordert.

Auch ein anderer Grundsatz des Verfassungsrechts verdient in diesem Zusammenhang Beachtung. Ein Element des Rechtsstaatsprinzips, das in Art. 20 Abs. 3 GG seinen Ausdruck gefunden hat, ist der Grundsatz der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns.²²⁾ Dieser gilt auch für die richterliche Entscheidung. Wer ein Gericht anruft, soll nicht auf ein Zufallsergebnis angewiesen sein. Je mehr dem Richter Freiheit in seiner Entscheidung eingeräumt wird, je lockerer seine Bindung an das Gesetz gestaltet wird, desto geringer wird die Möglichkeit, seine Entscheidung vorauszusehen, denn gerade die gesetzliche Regelung erlaubt eine Vorprüfung der zu erwartenden Entscheidung. Abgrenzung richterlicher Rechtsfindung gegenüber gesetzgeberischer Tätigkeit ist somit nicht nur Begrenzung der Richtermacht im Kräfteverhältnis der drei Gewalten, sondern zugleich ein Element rechtsstaatlichen Schutzes des Bürgers.²³⁾

1.3 Entsprechende Aufgaben bei der Verweisungslücke

Schon oben wurde hervorgehoben, daß die Verweisungslücke eine weitgehende Ähnlichkeit mit der Gesetzeslücke aufweist.²⁴⁾ Es stellt sich daher die Frage, ob auch bei der Verweisungslücke, die Voraussetzung für die Anwendung von ZPO und GVG über § 173 VwGO ist, dem Merkmal Planwidrigkeit Beachtung geschenkt werden muß, ob auch eine Verweisungslücke nur dann vorliegt, wenn das Fehlen einer Regelung in der VwGO planwidrig ist. Ein entscheidendes

21) BVerfGE 4, 219 (233); BVerfGE 19, 157 (175 f.); Stein NJW 64, 1745 (1748); vgl. auch Herschel AuR 63, 129 (135); die Bedeutung des Gewaltenteilungsgrundsatzes für die Begrenzung richterlicher Rechtsfindung hebt auch Hirsch JR 66, 339 f. hervor.

22) BVerfGE 21, 209 (215); Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 86 ff.; Hamann-Lenz Einf. D 1 B 2b S. 59.

23) Daß die Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit zu einer Begrenzung der Richtermacht führen müssen, betont auch Schneider, S. 34, der jedoch wegen seiner ablehnenden Haltung gegen jede Systematisierung des Richterrechts die Antwort auf die Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtsschöpfung schuldig bleiben muß.

24) S. 15 ff.

Kriterium hierfür ist es, ob die Gründe, die die Beachtung der Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke erfordern, auch im Bereich der Verweisungslücke vorliegen.

Im Gegensatz zur Rechtsfindung *praeter legem* sind der Verweisungsanalogie von vornherein Grenzen gesetzt. Der Auslegungsspielraum ist auf ZPO und GVG beschränkt. Wenn der Richter auf ZPO oder GVG zurückgreift, so bewegt er sich nach wie vor im gesetzlich festgelegten Raum. Ein Eindringen in den "rechtsfreien Raum" ist dadurch ausgeschaltet. Bei der Ausfüllung einer Gesetzeslücke durch Analogie muß der Richter die analog anzuwendende Regelung erst aussuchen, wobei ihm das gesamte geschriebene Recht, nicht nur bestimmte Gesetze zur Verfügung stehen.

Diese immanenten Schranken der Verweisungsanalogie wirken sich auch dort aus, wo das Merkmal Planwidrigkeit zu den Forderungen der Verfassung in Bezug gesetzt wird. Kann der Richter nicht mehr "aussuchen", welche Vorschriften er analog anwenden will, ist er vielmehr kraft Gesetzesbefehls gehalten, nur zu entscheiden, ob überhaupt eine entsprechende Anwendung in Betracht kommt, so ist seine Macht im Kräfteverhältnis der Gewalten von vornherein begrenzt. Begrenzung der Richtermacht durch Verklammerung mit dem Gesetz ist aber gerade eine Aufgabe des Merkmals Planwidrigkeit, das somit hier entbehrlich erscheint.

Die Begrenzung richterlicher Gestaltungsfreiheit führt auch zu einer größeren Bestimmtheit. Die Entscheidung bewegt sich in einem gesetzlich vorgezeichneten Rahmen. Es ist deshalb leichter, die vom Richter zugrundegelegten Rechtsfolgen vorauszusehen. Auch hier entfällt deshalb weitgehend der dem Merkmal Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke zugewiesene Aufgabenbereich.²⁵⁾

2 Planwidrigkeit und Verweisungslücke

2.1 Anwendung des § 173 VwGO ohne Beibehaltung des Elementes Planwidrigkeit?

Im vorigen Abschnitt wurde aufgezeigt, daß die Aufgaben, die dem Merkmal Planwidrigkeit bei der Gesetzeslücke zukommen, sich bei der Verweisungslücke größtenteils erübrigen. Die Folgerung liegt nahe, daß das Element Planwidrigkeit als Voraussetzung der Verweisungslücke überhaupt nicht erforderlich ist, daß vielmehr - von der reinen Wortinterpretation ausgehend - eine

25) Es wird allerdings noch zu zeigen sein, daß sich dennoch aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen Bedenken ergeben.

Verweisungslücke im Sinne des § 173 VwGO schon dann vorliegt, wenn die VwGO eine Regelung nicht enthält. Die gedachte Ergänzung des Wortlauts des § 173 VwGO durch die Formulierung "obwohl nach der Teleologie des Gesetzes eine Regelung erforderlich ist", erscheint danach entbehrlich.

Bleibt es hierbei, so gilt umgekehrt, daß eine Verweisungslücke immer dann besteht, wenn sich in ZPO oder GVG eine Regelung findet, die in der VwGO fehlt. Da es sich bei der Verweisung des § 173 VwGO um eine echte Verweisung handelt, mithin ein Zwang zur Anwendung von ZPO und GVG besteht, kann dann nämlich die Frage nach der Übernahme auch von ZPO und GVG aus gestellt werden: ZPO und GVG müssen angewandt werden, wenn nicht eine abweichende Regelung in der VwGO zu finden ist und auch die Suche nach grundsätzlichen Unterschieden erfolglos bleibt. Der Rechtsanwender muß also stets prüfen, warum die Regelung, die nach ZPO und GVG für den zu entscheidenden Rechtsfall gilt, nicht auf den Verwaltungsprozeß übertragbar ist.

Die konsequente Durchführung dieser Erkenntnis stößt in Rechtsprechung und Literatur auf - allerdings wenig artikuliertes - Unbehagen. So wird die Verweisung regelmäßig als subsidiär bezeichnet,²⁶⁾ und ihr nur Aushilfsbedeutung zugemessen. Ferner wird die Möglichkeit geleugnet, mit Hilfe der Generalverweisung des § 173 VwGO Rechtsinstitute der ZPO selbständig in den Verwaltungsprozeß einzuführen.²⁷⁾ Die Verweisungsnorm habe vielmehr, so wird argumentiert, nur dort ihren Platz, wo die Übernahme relativ problemlos sei.²⁸⁾ Ähnlich wird formuliert, daß die Anwendung von ZPO und GVG nur möglich sei, wenn ein entsprechendes Bedürfnis hierzu besteht.²⁹⁾ Schließlich wird die Auffassung vertreten, es hieße dem Gesetz Gewalt antun, "jeden einzelnen Satz mit ergänzenden und weitergehenden Bestimmungen der ZPO anzureichern".³⁰⁾ Ausdrücklich gegen die beschriebene Folgerung wenden sich Redeker-von Oertzen.³¹⁾

So stellt sich in der Tat die Frage, ob § 173 VwGO einer Auslegung zugänglich ist, die das Element Planwidrigkeit als Voraussetzung der Verweisungslücke leugnet.

26) Vgl. Schunck-De Clerck § 173 Anm. I; Klinger Anm. zu § 173; Stein NJW 63, 185 (188); Haueisen NJW 65, 2285 (2286); Kopp § 173 Anm. 1.

27) VGH München NJW 68, 1154.

28) Schenke VerwArch 1970, 260 (266).

29) Menger, System, S. 79 für die landesrechtlichen Verfahrensgesetze.

30) Redeker-von Oertzen § 67 Rdn. 11.

31) Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2.

2.2 Auslegung des § 173 VwGO hinsichtlich der Notwendigkeit des Merkmals Planwidrigkeit

2.2.1 Historische und gesetzssystematische Auslegung

Zieht man zur Feststellung des gesetzgeberischen Willens die Materialien zum Gesetzgebungsverfahren für die VwGO heran, so läßt sich eine eindeutige Beantwortung der gestellten Frage nicht finden. Der Wortlaut des § 173 VwGO war im Gesetzgebungsverfahren unstreitig.³²⁾ Einerseits geht die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs³³⁾ davon aus, daß im Einzelfall nur zu prüfen sei, ob eine Bestimmung der ZPO dem Wesen des Verwaltungsprozesses entspricht und daher anwendbar sei; andererseits wird immer wieder betont, daß für Theorie und Praxis Entwicklungsraum gelassen werden müsse und dabei die Generalverweisung mit der Lückenfüllung *praeter legem* gleichgestellt.³⁴⁾ Neben der Qualifizierung der Generalverweisung als subsidiär findet sich auch die Bemerkung, daß freie Gestaltung durch den Richter erst einsetzen dürfe, wenn die erforderliche Regelung nicht in ZPO oder GVG zu finden sei.³⁵⁾ So liegt die Erkenntnis nahe, daß sich der historische Gesetzgeber selbst über Umfang und Tragweite der Generalverweisung letztlich nicht im klaren war und den "altbewährten" Rückgriff auf ZPO und GVG beibehalten wollte,³⁶⁾ wobei die Klärung der theoretischen Grundlage Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden sollten.

Nicht zufällig ist dagegen die Generalverweisung in den Teil V (Schluß- und Übergangsbestimmungen) der VwGO aufgenommen worden.³⁷⁾ Die Einordnung in Schlußbestimmungen legt die Folgerung nahe, daß § 173 VwGO nur als Aushilfsvorschrift anzusehen ist. Ohne die Einschränkung durch das Erfordernis der Planwidrigkeit käme der Vorschrift eine erheblich größere Bedeutung zu. § 173 VwGO würde mehr in den Mittelpunkt der verfahrensrechtlichen Regelung gerückt. Folgerichtig hätte die Vorschrift ihren Platz entsprechend ihrem Gewicht an hervorgehobener Stelle innerhalb des Normensystems. Die etwas stiefmütterliche Behandlung, die Einordnung in Schlußvorschriften, deutet deshalb

32) Vgl. oben S. 1 f.

33) BT-Drucksache III/55 S. 26.

34) A. a. O. (Fußnote 33); vgl. auch Bemerkungen zu §§ 108 und 109 des Entwurfs S. 42.

35) A. a. O. (Fußnote 33).

36) A. a. O. (Fußnote 33).

37) Vgl. Koehler § 173 Anm. III.

eher darauf hin, daß § 173 VwGO nur eine ergänzende, nicht bestimmende Funktion innerhalb der VwGO zukommt. Mit der gesetzessystematischen Stellung des § 173 VwGO läßt es sich besser vereinbaren, der Vorschrift nur eine begrenzte Tragweite zuzuweisen. Diese Begrenzung kann gerade durch das Erfordernis der Planwidrigkeit erreicht werden.

2.2.2 Teleologische Auslegung

Bei der Suche nach der *ratio legis* der Generalverweisung stößt man auf einen Gesichtspunkt, der sich regelmäßig bei der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik findet. Da die Verweisung den Wortlaut des Verweisungsobjekts in den Bereich der Verweisungsnorm transponiert, dient sie regelmäßig dazu, Wiederholungen zu vermeiden.³⁸⁾ So ist es auch ein Ziel der Verweisung in § 173 VwGO, die Wiederholung von Gesetzesvorschriften in der VwGO zu vermeiden, wo die Vorschriften der ZPO gelten sollen.³⁹⁾

Für die Beantwortung der konkret gestellten Frage, ob nämlich auch die Verweisungslücke die Planwidrigkeit des Fehlens einer Regelung voraussetzt, läßt sich daraus jedoch nicht viel entnehmen. Der erwähnte Zweck des § 173 VwGO wird bei beiden Auslegungsergebnissen erreicht. Wird das Vorliegen einer Verweisungslücke von der Planwidrigkeit abhängig gemacht, so wird dabei zwar zugleich auch die Frage berührt, ob eine Wiederholung an sich erforderlich wäre, nicht dagegen die Art und Weise, wie sie vermieden werden kann.

Wie bereits ausgeführt,⁴⁰⁾ wird auch die Vereinheitlichung und Gleichschaltung der beiden Prozeßordnungen als Ziel des § 173 VwGO angesehen.⁴¹⁾ Dieses Ziel wird um so besser erreicht, je deutlicher die Anlehnung an den Zivilprozeß ausgestaltet wird. Dabei spielt auch die Anzahl der übernommenen Vorschriften eine Rolle. Je zahlreicher zivilprozessuale Vorschriften kraft Verweisung im Verwaltungsprozeß gelten, desto intensiver wird die Anlehnung. Dieser Zweck der Verweisung wird deshalb wohl besser erreicht, wenn das Merkmal Planwidrigkeit für die Verweisungslücke ohne Bedeutung ist. Andererseits warnt das Gesetz selbst vor unberechtigten Gleichstellungen, indem es eine entsprechende Anwendung von der Vereinbarkeit der Grundsätze beider Prozeßordnungen

38) Vgl. Engisch, Einheit, S. 26 Fußnote 3; Larenz, Methodenlehre, S. 198 f.; Wolff, Gesetzessprache, S. 7; Aymanns S. 297; Müller, Gesetzgebungstechnik, S. 167.

39) Vgl. oben S. 6.

40) Oben S. 6.

41) Vgl. Müller, Gesetzgebungstechnik, S. 174; kritisch dazu von Mutius, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, F 6/2.

abhängig macht,⁴²⁾ Gerade eine so umfassende Verweisung wie § 173 VwGO birgt stets die Gefahr, daß durch übereifrige Anwendung Widersprüche entstehen,⁴³⁾ Die Erreichung des angegebenen Zwecks darf darum nicht überbewertet werden. Dies um so mehr, als die Gleichhaltung und Vereinheitlichung von ZPO bzw. GVG und VwGO jedenfalls nicht alleiniges Ziel der Generalverweisung ist.

Da die VwGO zahlreiche Einzelverweisungen auf die ZPO und das GVG enthält, könnte daraus gefolgert werden, daß neben diesen Einzelverweisungen für eine Anwendung von ZPO und GVG grundsätzlich kein Raum ist. Durch die Generalverweisung wird klargestellt, daß dieses *argumentum e contrario* nicht zutreffend ist.⁴⁴⁾ Auch dieser Gesetzeszweck ist für die Frage, ob das Merkmal Planwidrigkeit auch bei der Verweisungslücke von Bedeutung ist, wenig ergiebig. Zwar wird dadurch eine Fehlinterpretation vermieden, jedoch nicht angesprochen, wann nun eine Verweisung kraft § 173 VwGO zum Zuge kommt.

Angesichts des Geltungsbereichs der Generalverweisung stellt sich die Frage, weshalb überhaupt Spezialverweisungen erforderlich waren und das Gesetz sich nicht mit der generellen Regel begnügt hat. Die amtliche Begründung nennt dafür zwei Gründe.⁴⁵⁾ Zum einen sollten Mißverständnisse über die Anwendbarkeit ausgeräumt werden,⁴⁶⁾ zum anderen sollte der Zusammenhang der einzelnen Gesetzesstellen gewahrt bleiben. Damit ist ein Grundproblem angesprochen, nämlich ob die VwGO Anspruch auf eine geschlossene Regelung erhebt oder ob sie ohne Generalverweisung nur als eine für sich allein unverständliche und nicht praktikable Ergänzung der ZPO aufzufassen ist. In direkter Abhängigkeit davon steht die Frage nach dem weiteren Zweck der Vorschrift, nämlich ob § 173 VwGO hilfsweise der Ausfüllung von Lücken dient oder als Hauptvorschrift der VwGO aufzufassen ist, die diese durch Anschluß an die ZPO erst verständlich macht. Die Frage kann eigentlich nur im ersten Sinne beantwortet werden. Läßt sich schon die systematische Stellung des § 173 VwGO nur schwer mit der letzteren Aufgabe in Einklang bringen, so gibt das Gesetz auch hier selbst zu erkennen, daß die VwGO ein selbständiges System bilden soll. Die Übernahme von Vorschriften der ZPO und des GVG wird davon abhängig gemacht, daß keine

42) Karpen S. 79.

43) Engisch, Einheit, S. 26 Fußnote 3.

44) Vgl. Müller, Gesetzgebungstechnik, S. 173; amtliche Begründung BT-Drucksache III/55 S. 26; vgl. auch Karpen S. 77. Über das Verhältnis von General- und Spezialverweisung vgl. oben S. 22 f.

45) BT-Drucksache III/55 S. 26.

46) Wodurch freilich neue Mißverständnisse veranlaßt wurden, die gerade durch die Generalverweisung ausgeräumt werden mußten.

grundsätzlichen Unterschiede entgegenstehen, daß sich die zu übernehmende Vorschrift in das System einpaßt. Die Vorschriften der VwGO müssen sich also zu einem System verbinden lassen. Dann erfordert der Zusammenhang, die Systematik eines bestimmten Rechtsinstituts tatsächlich eine spezielle Verweisung, weil die Regelung der VwGO ansonsten nicht aus sich heraus verständlich bleibt.

Bildet die VwGO ein in sich abgerundetes System,⁴⁷⁾ dann reduziert sich die Bedeutung der Generalverweisung von einer zentralen Mittelpunkt Funktion zu einer Aushilfsfunktion. Der Verwaltungsprozeß wird von der VwGO selbst bestimmt, die ein Eigenleben führt und mit einer selbständigen Ausstrahlungskraft ausgestattet ist, weil sie im Grundsatz Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Es kann schwerlich als Sinn und Zweck der Generalverweisung angesehen werden, in Umkehrung dieses Verhältnisses die VwGO zu einem Verbotsgesetz gegenüber den Regelungen der ZPO zu machen. Der Teleologie des Gesetzes wird es vielmehr besser gerecht, die Rechtsfolge des § 173 VwGO als vorsorgliche Generalverweisung zur Vermeidung möglicherweise noch nicht einmal erkannter Lücken im Gesetz anzusehen.⁴⁸⁾

Dieser Bedeutung muß auch bei der Abgrenzung der Verweisungslücke Rechnung getragen werden. Handelt es sich bei der Generalverweisung des § 173 VwGO um eine echte Verweisung mit dem entsprechenden Zwang zur Anwendung von ZPO und GVG und ist andererseits nur das Fehlen einer Regelung in der VwGO Voraussetzung einer Verweisungslücke, so entsteht gerade das oben beschriebene Umkehrverhältnis. Es läßt sich dann nicht mehr von der VwGO aus bestimmen, ob eine Ergänzung erfolgt, vielmehr entscheidet darüber das Bestehen einer sich mehr oder minder gut eignenden Regelung in der ZPO. Die VwGO wird dann zum Verbotsgesetz. Dieses Ergebnis wird vermieden, wenn eine Ergänzung über die Generalverweisung nur dort erfolgt, wo sie nach der Teleologie des Gesetzes erforderlich ist. Geht man demnach von dem oben beschriebenen Zweck der Generalverweisung aus, so kommt dem Merkmal Planwidrigkeit auch als Voraussetzung der Verweisungslücke Bedeutung zu.⁴⁹⁾

47) Vgl. Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 1; von Mutius, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht F 6/1.

48) Karpen S. 77; ähnlich auch VGH München NJW 68, 1154.

49) Die Bedeutsamkeit des Anspruchs der VwGO, den Verwaltungsprozeß umfassend zu regeln, betont von Mutius, Höchstrichterliche Rechtssprechung zum Verwaltungsrecht F 6/1.

2. 2. 3 Verfassungskonforme Auslegung

Die Beantwortung der eingangs gestellten Frage, ob auch bei der Verweisungslücke das Fehlen einer Regelung planwidrig sein muß, kann nur dann richtig erfolgen, wenn den Erfordernissen der Verfassung Rechnung getragen wird. Ist eine der beiden möglichen Auslegungen mit der Verfassung nicht in Einklang zu bringen, so muß nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung die andere als zutreffend angesehen werden.⁵⁰⁾ Die Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung geht jedoch darüber hinaus. Sie kann auch da verwandt werden, wo sowohl die mit als auch die ohne ihre Hilfe erzielte Deutung nicht der Kassation unterliegen, sie also zu einer verfassungsrechtlich gesehen besseren Auslegung herangezogen wird. Die Verfassungsnähe einer Auslegung wird so zu einem selbständigen Auslegungsgesichtspunkt, den der Richter bei seiner Entscheidung berücksichtigen darf.⁵¹⁾ Führen schon teleologische Auslegungsgesichtspunkte zur Annahme, daß dem Merkmal Planwidrigkeit auch bei der Verweisungslücke Bedeutung zukommt, so kann dieses Auslegungsergebnis deshalb durch Orientierung an der Verfassung gestützt werden, auch wenn nicht zwingend der Nachweis erbracht wird, daß die gegenteilige Auslegung der Verfassung widerspricht.

Wie bereits hervorgehoben,⁵²⁾ kann den verfassungsrechtlichen Erfordernissen, die bei der Gesetzeslücke zur Festlegung des Elements Planwidrigkeit nötigen, bei der Verweisungslücke nicht dieselbe Bedeutung beigemessen werden. Damit ist aber nicht gesagt, daß die zugrundeliegenden Verfassungsgrund-

50) Dabei sind die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung zu beachten: Sie kann eine Norm nur dann vor der Verfassungswidrigkeit bewahren, wenn sie sich mit den durch "herkömmliche" Auslegungskriterien erzielten Ergebnissen in Einklang bringen läßt, insbesondere nicht über den möglichen Wortsinn hinausführt.

51) Vgl. Burmeister S. 81; Bogs DVBl 65, 634 Fußnote 3; ders., Verfassungskonforme Auslegung, S. 26; Göldner, S. 47 ff.; Schmidt-Salzer DÖV 69, 67 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 319; ähnlich formuliert das BVerfG ohne sich ausdrücklich zur Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung zu bekennen, daß bei verschiedenen Deutungsmöglichkeiten derjenigen der Vorzug zu geben sei, die der Verfassung besser entspricht (BVerfGE 8, 210 (217)); abweichend Friedrich Müller, Methodik, S. 65, der die verfassungskonforme Auslegung nur als Vorzugsregel ansieht.

52) Vgl. oben S. 29 f.

sätze bei der Abgrenzung der Verweisungslücke ohne Einfluß sind.

2. 2. 3. 1 Generalverweisung und Verfassung

Auch im Rahmen der Generalverweisung muß das Bestimmtheitsgebot beachtet werden. Gerade bei Verweisungen wird dieses Verfassungsgebot berührt. Verweisungen führen schon ihrer Natur nach zur Unübersichtlichkeit des Gesetzes.⁵³⁾ Der Gesetzestext und damit die Anordnungen des Gesetzes müssen erst zusammengesucht werden. Der Normadressat kann die festgelegte Rechtsfolge erst unter Zuhilfenahme des Verweisungsobjekts feststellen. Erscheint dies auch im Grundsatz unbedenklich, so müssen doch im Interesse verfassungsrechtlich geforderter Rechtsklarheit an die Verweisung Anforderungen gestellt werden: Die Verweisungsvorschrift muß die Voraussetzungen der Verweisung bestimmen und erkennen lassen, welche Normen maßgebend sein sollen. Die Verweisungsobjekte müssen auch ohne besondere Schwierigkeiten für den Normadressaten feststellbar sein.⁵⁴⁾ Versäumt die Verweisung genauere Festlegungen der Vorschriften auf die verwiesen wird, so überläßt sie in Wahrheit dem Richter die Ausgestaltung der gesetzlichen Anordnungen. Damit ist dann auch wieder der Gewaltenteilungsgrundsatz angesprochen, denn im Rahmen einer unklaren, unbestimmten Verweisung betätigt sich der Richter als Gesetzgeber.⁵⁵⁾

Ordnet die Verweisungsnorm die "entsprechende Anwendung" einer Vorschrift an, so öffnet sie die Möglichkeit zu einer abgeänderten, angepaßten Übernahme der Norm, auf die sie verweist. Eine genaue Textfeststellung ist im Grunde nicht mehr möglich, denn Normadressat und Rechtsanwender können nicht mehr davon ausgehen, daß der Wortlaut unverändert in das Verweisungsgesetz transponiert worden ist. Sie müssen vielmehr vorab prüfen, wie die Vorschrift abzuändern ist, damit sie für das verweisende Gesetz paßt.⁵⁶⁾

Allerdings wird zu Recht davor gewarnt, die Anforderungen an die Bestimm-

53) Vgl. Karpen S. 160; Wolff, Gesetzessprache, S. 7 ff; zur Kritik an der "übersteigerten Verweisungstechnik" des BGB vgl. Boehmer S. 81.

54) Vgl. BVerfGE 5, 25 (31) und BVerfGE 26, 338 (367); Leibholz-Rinck Art. 20 Anm. 24; Hamann-Lenz Einf. Anm. D 1 B 2 S. 60.

55) Die Beziehung zum Gewaltenteilungsgrundsatz betonen Maunz-Dürig-Herzog Art. 20 Rdn. 89 und Jesch S. 220.

56) Auf die Bedenklichkeit analoger Verweisungen macht Aymans S. 306 aufmerksam.

heit einer Norm zu überspannen.⁵⁷⁾ Die Forderung nach einer Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen, die dem Richter keinen Auslegungsspielraum läßt, verlangt vom Gesetzgeber Unmögliches.

Andererseits verstärken sich die Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung dann, wenn das Gesetz sich der genauen Bestimmung des Verweisungsobjekts entzieht, indem es auf einen ganzen Normenkomplex verweist. Dies ist gerade bei der Generalverweisung des § 173 VwGO der Fall: Der Normadressat, der eine richterliche Entscheidung in ihren wesentlichen Grundzügen vorhersehen will, muß nicht nur untersuchen, wie die Vorschrift der ZPO oder des GVG abzuändern ist, damit sie sich in die VwGO einpaßt, vielmehr hat der Richter daneben die Möglichkeit, der Geltung einer zivilprozessualen Vorschrift die Anerkennung zu versagen. Wenn § 173 VwGO expressis verbis bestimmt, daß grundsätzliche Unterschiede einer Anwendung entgegenstehen, so dient dies nur wenig der Präzisierung, sondern unterstreicht einmal mehr, daß der Richter auch über die Geltung der entsprechenden ZPO - Vorschrift in der VwGO zu entscheiden hat. Darüber hinaus sieht sich der Normadressat vor die Frage gestellt, welche Vorschrift der Richter aussuchen wird, wenn mehrere zivilprozessuale Normen im Grundsatz einer entsprechenden, angepaßten Anwendung zugänglich sind. Schließlich schweigt sich das Gesetz darüber aus, in welchen Einzelfällen überhaupt auf die Vorschriften der ZPO oder des GVG zurückgegriffen werden soll und überläßt damit erneut dem Richter die Ausgestaltung der Verweisung.⁵⁸⁾ So ist zwar im Grundsatz die richterliche Gestaltungsfreiheit bei der Verweisungsanalogie begrenzt, weil nur auf ZPO und GVG zurückgegriffen werden kann, doch wird dem Richter innerhalb dieses Normenkomplexes weitgehende Gestaltungsfreiheit überlassen.⁵⁹⁾ Die verfassungsrechtlichen Verknüpfungen bei der Verweisungslücke sind deshalb gegenüber der Gesetzeslücke lediglich verlagert und bilden abweichende Schwerpunkte, sie sind jedoch auch hier vorhanden. Im Gegensatz zur Lückenschließung im Rahmen der Rechtsfindung praeter legem führt die Verweisung zu einer Festlegung des Gesetzesinhalts

57) Vgl. BVerfGE 17, 67 (82); BVerfGE 21, 73 (79); BVerfGE 31, 255 (264); Das BVerfG unterscheidet zwischen auslegungsbedürftigen und unauslegbaren Bestimmungen. Nur letztere sind mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar. Damit ist im Grunde nur die Intensität der erforderlichen Auslegung angesprochen: Die Vorschrift wird unauslegbar, wenn die Anforderungen an den Richter im Rahmen des Erkenntnisprozesses unerfüllbar werden.

58) Müller, Gesetzgebungstechnik, S. 179 f., bezeichnet diese Erscheinung als "nackte" Verweisung und nennt sie "orakelhaft".

59) Auf die Zweifelhaftheit der Tragweite der Generalverweisung des § 173 VwGO weist Hauelsen NJW 65, 191 (192) hin.

und ist deshalb Gegenstand der Rechtsfindung secundum legem. Das Verweisungsobjekt ist vom Grundsatz her als Gesetzestext des Verweisungsgesetzes zu betrachten.⁶⁰⁾ Die Verweisung muß sich deshalb auch an den Erfordernissen für die Bestimmtheit von Gesetzen messen lassen und kann sich nicht mit den Begrenzungen durch die Regeln der Rechtsfindung praeter legem begnügen.⁶¹⁾ Es muß deshalb festgehalten werden, daß die Generalverweisung des § 173 VwGO im Lichte verfassungsrechtlicher Erfordernisse nicht unbedenklich erscheint.

2. 2. 3. 2 Planwidrigkeit und Verfassung

Gerät somit § 173 VwGO in den Bereich der Verfassungswidrigkeit und schwebt deshalb das "Damoklesschwert" der Nichtigkeit über ihm, so ist die Frage zu stellen, ob die beiden Deutungsmöglichkeiten für sein Verhältnis zur Verfassung von Bedeutung sind. Entsprechend den oben ausgeführten Grundsätzen verfassungskonformer Auslegung ist zu prüfen, welche der beiden Möglichkeiten den Erfordernissen der Verfassung besser entspricht, welche also verfassungsnäher ist und die Bedenken gegen die Generalverweisung eher vermindert und nicht verstärkt.

Auf den ersten Blick erscheint die Deutung, die auf das Merkmal Planwidrigkeit verzichtet, zu einer größeren Bestimmtheit zu führen. Ob das Fehlen einer Regelung planwidrig ist, muß erst durch wertendes Urteil des Richters gefunden werden. Damit wird ein Unsicherheitsfaktor geschaffen. Sind dagegen ZPO und GVG immer anwendbar, wenn eine Regelung in der VwGO fehlt, dann muß nur noch geprüft werden, ob ZPO und GVG eine solche Regelung enthalten, was vergleichsweise einfach festzustellen ist.

Dieses Bild wird jedoch allein schon durch die weitere Voraussetzung der Verweisung - das Fehlen "grundsätzlicher Unterschiede" - zerstört. Muß der Richter auch noch feststellen, ob die ins Auge zu fassende Regelung der ZPO oder des GVG im Hinblick darauf paßt, so geht die durch eine Regelmäßigkeit der Übernahme erreichte Bestimmtheit wieder verloren. Die Voraussetzungen der "grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten" sind nicht eindeutig bestimmt, so daß die Fälle, in denen zivilprozessuale Regelungen nicht passen, nur schwer aus dem Regelfall der Anwendung auszusondern sind.

Hält man dagegen an dem Erfordernis der Planwidrigkeit auch für die Verwei-

60) Vgl. oben S. 19 f.

61) Deshalb insoweit nicht ganz zutreffend: Karpen S. 165, der die Verweisungsanalogie wegen der durch die Methodenlehre bei der Rechtsfindung praeter legem entwickelten Grenzen grundsätzlich für unbedenklich hält.

sungslücke fest, so wird dadurch eine Einschränkung des Bereichs der Verweisung erreicht. Dies gilt zunächst rein zahlenmäßig. Zugleich wird § 173 VwGO aber auch seines überragenden Charakters enthoben, der ihm zukommt, wenn das Merkmal Planwidrigkeit nicht zu den Voraussetzungen der Verweisungslücke zu rechnen ist.⁶²⁾ Der Normadressat wird dann nicht oder doch weit weniger durch bestehende Regelungen, die durch die "Hintertür" der Verweisung⁶³⁾ Eingang in den Verwaltungsprozeß gefunden haben, überrascht, denn er kann bei seiner Prüfung von der VwGO ausgehen. Auf ZPO und GVG kann bei dieser Auslegung nicht schon dann zurückgegriffen werden, wenn dies die VwGO nicht verbietet, sondern nur, wenn sie umgekehrt die Einführung einer Regelung gebietet. Aus der den Verwaltungsprozeß beherrschenden Generalverweisung wird eine Hilfsverweisung, die nur dann zum Zuge kommt, wenn die verwaltungsprozessualen Notwendigkeiten dies erfordern. Der Gegenstand der Verweisung wird durch die VwGO zwar nicht positiv-rechtlich festgelegt, ist aber daraus zu gewinnen. Es liegt auf der Hand, daß Klarheit und Übersichtlichkeit des Normengefüges der VwGO größer werden, wenn sie nicht durch die weite Öffnung gegenüber ZPO und GVG durch die Generalverweisung des § 173 VwGO zu einem Rumpfgesetz gemacht wird, dem gegenüber der ZPO nur Verbotscharakter zukommt. Staatliches Handeln wird durchschaubarer, die richterliche Entscheidung besser vorhersehbar, wenn diese aus dem Gesetz, das den Problemkreis - hier den Verwaltungsprozeß - regelt, selbst und nicht ausschließlich nur bei einer Zusammenschau mit parallelen Regelungen gewonnen werden kann, weil eine in Gegenstand und Umfang wenig konkrete Verweisung die gedankliche und gesetzestechnische Geschlossenheit hindert.

Ergab sich schon aus Sinn und Zweck der Verweisung, daß auch für die Verweisungslücke das Element Planwidrigkeit erforderlich ist, so wird diese Deutung auch den Forderungen der Verfassung besser gerecht.

2. 2. 4 Planwidrigkeit und praktische Gesetzesanwendung

Aus den bisherigen Erörterungen über Art und Umfang der Verweisung des § 173 VwGO ergibt sich ohne weiteres, daß den Abgrenzungen der Verweisungslücke auch für die praktische Gesetzesanwendung Bedeutung zukommen muß. Die Beantwortung der Frage nach den verschiedenen Deutungsmöglichkeiten kann nicht nur aus theoretischen Überlegungen gewonnen werden, das Ergebnis muß sich vielmehr in der Praxis der Gesetzesanwendung bewähren. So läßt sich

62) Vgl. dazu auch oben S. 33 f.

63) Vgl. die Glosse "Geheimwissenschaft" NJW 56, 1307.

konkret die Frage stellen, ob das Merkmal Planwidrigkeit als Voraussetzung der Verweisungslücke auch in der Praxis der Gesetzesanwendung notwendig und sinnvoll ist. Dies soll an Hand folgender Beispiele untersucht werden:

Neben dem beauftragten ⁶⁴⁾ und dem ersuchten ⁶⁵⁾ Richter kennt die ZPO den alleinentscheidenden Einzelrichter in erster Instanz bei den Landgerichten ⁶⁶⁾ und den vorbereitenden Einzelrichter in der Berufungsinstanz. ⁶⁷⁾ Der Einzelrichter steht im Rahmen der ihm zugewiesenen Aufgaben an Stelle des mit der Durchführung des Verfahrens im Grundsatz betrauten Spruchkörpers.

Die VwGO erwähnt demgegenüber nur den beauftragten und den ersuchten Richter. ⁶⁸⁾ Es stellt sich im Hinblick auf die Generalverweisung des § 173 VwGO aber die Frage, ob § 348 ZPO und § 524 ZPO entsprechend anzuwenden sind.

Hinsichtlich des vorbereitenden Einzelrichters in der Berufungsinstanz ist der durch das Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20. Dezember 1974 (BGBl. S. 3651) geschaffene Rechtszustand mit der alten, vor dem 1. Januar 1975 geltenden Regelung vergleichbar. Eine entsprechende Anwendung der §§ 348 ff. ZPO a. F. gemäß § 173 VwGO im Verwaltungsprozeß wurde einhellig abgelehnt. ⁶⁹⁾

In Anlehnung hieran lehnen BAUMBACH - LAUTERBACH ⁷⁰⁾ eine entsprechende Anwendung des § 524 ZPO im Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht mit dem Hinweis ab, die VwGO kenne das Einzelrichtersystem nicht. Diese Begründung kann jedoch nicht überzeugen, denn § 173 VwGO gebietet eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO, es geht also gerade darum, ob über die Generalverweisung § 524 ZPO Eingang in das verwaltungsgerichtliche Verfahren gefunden hat. Läßt man das Merkmal Planwidrigkeit unbeachtet, so ist der von BAUMBACH - LAUTERBACH gezogene Schluß nur dann gerechtfertigt, wenn die Auslegung ergibt, daß das Schweigen des Gesetzes beredt ist, die VwGO also bewußt von einer Übernahme abgesehen hat, oder grundsätzliche Unterschiede entgegenstehen.

64) Vgl. z. B. § 361 ZPO.

65) Vgl. z. B. § 362 ZPO.

66) § 348 ZPO n. F.

67) § 524 ZPO n. F.

68) Vgl. § 96 Abs. 2 VwGO.

69) Ule, Lehrbuch, S. 54 f. (§ 10 IV 3); Schunck-De Clerck § 87 Anm. 1a; auch Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 5, abweichend jedoch noch in der 4. Auflage a. a. O.

70) § 524 Anm. 6.

Als eine Vorschrift, aus der sich ein Verbot der Übernahme des § 524 ZPO ergeben kann, kommt § 9 Abs. 3 VwGO in Betracht. In der Tat fällt auf, daß dort im Gegensatz zu § 122 GVG ein Zusatz hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis des Einzelrichters nicht enthalten ist. Die Argumentation mit § 9 Abs. 3 VwGO führt jedoch insofern nicht weiter, als gerade nach § 173 VwGO eine entsprechende Ergänzung durch Heranziehen des § 122 GVG in Frage kommt. § 9 Abs. 3 VwGO regelt überdies lediglich, in welcher Besetzung der Senat entscheidet, er ordnet dagegen nicht an, daß außer dem Senat niemand in der Sache entscheiden darf. Eine entsprechende Folgerung ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des § 112 VwGO. Eine Entscheidung durch den Einzelrichter soll ja nicht ergehen, wenn der Senat in seiner Gesamtheit an der letzten mündlichen Verhandlung teilgenommen hat. § 112 VwGO entspricht § 309 ZPO. Die ZPO läßt jedoch Entscheidungen des Einzelrichters nach § 524 Abs. 3 und 4 ZPO zu.

Abgesehen von der Entscheidung im Einverständnis der Parteien (§ 524 Abs. 4 ZPO), ist die Entscheidungsbefugnis des Einzelrichters gemäß § 524 Abs. 3 ZPO auf weniger weittragende Fälle beschränkt.⁷¹⁾ Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt in der Vorbereitung der Entscheidung des Kollegiums durch Erörterung des Sach- und Streitstandes gemäß § 524 Abs. 2 ZPO. Selbst wenn man aus § 9 Abs. 3 VwGO ein Verbot von Entscheidungen durch den Einzelrichter herleiten wollte, wäre diesem Institut nicht die Existenzgrundlage entzogen.

Eine Regelung, aus der sich ein Verbot der Übernahme des § 524 ZPO ergibt, findet sich somit in der VwGO nicht.⁷²⁾ Ebenso wenig können Unterschiede grundsätzlicher Natur zwischen beiden Verfahrensarten entdeckt werden, die eine Übernahme hindern könnten.⁷³⁾ Folgt man der oben beschriebenen Auffassung, daß auch die Verweisungslücke das Merkmal Planwidrigkeit voraussetzt, dann muß daraus nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, daß § 524 ZPO über § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozeß gilt; die Übernahme setzt den Nachweis voraus, daß das Fehlen der Regelung planwidrig ist.

Dem Einzelrichter in der Berufungsinstanz obliegt es gemäß § 524 Abs. 2 ZPO, die Sache soweit zu fördern, daß sie in einer mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erledigt werden kann. Dazu darf er auch einzelne

71) Vgl. Thomas-Putzo § 524 Anm. 3b.

72) Koehler (§ 4 Anm. III 4) berichtet über Bestrebungen bei der Entwurfsberatung, im Verwaltungsprozeß die Entscheidung einfacher Fälle dem Einzelrichter zu übertragen, die jedoch zurückgestellt worden seien. In der VwGO findet sich hierauf kein Hinweis.

73) Dies läßt sich schon daraus entnehmen, daß die VwGO ähnliche Aufgabenbereiche dem beauftragten und dem ersuchten Richter übertragen hat.

Beweise erheben. Dieses Ziel verfolgt die ZPO auch in § 272 b ZPO, der gemäß § 523 ZPO auch im Berufungsverfahren gilt.

Auch die VwGO wird von diesem Grundsatz beherrscht, wie sich aus § 87 VwGO ergibt. Die VwGO gibt dem Gericht jedoch erweiterte Möglichkeiten zur Vorbereitung des Termins. Im Gegensatz zu § 272 b ZPO kann das Mitglied des Prozeßgerichts nach § 87 VwGO, der gemäß § 125 Abs. 1 VwGO auch im Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht gilt, die Beteiligten schon vor der mündlichen Verhandlung gesondert zur gütlichen Beilegung des Rechtsstreits laden. Dabei ist der gesamte Streitkomplex zu erörtern.⁷⁴⁾ § 87 Satz 2 VwGO ist auch eine Maßnahme zur Vorbereitung des Termins.⁷⁵⁾ Zwar gestattet auch die ZPO gemäß § 296 ZPO die Abhaltung eines Sühnetermins schon vor der mündlichen Verhandlung.⁷⁶⁾ Dieser ist jedoch nicht prozeßvorbereitende Maßnahme, sondern dient ausschließlich dem Zweck, die Parteien unter Vermittlung des Gerichts bzw. des beauftragten Richters zu einer einverständlichen Regelung zu bewegen.⁷⁷⁾ Dementsprechend kann ihr Erscheinen im Gegensatz zur Regelung in der VwGO⁷⁸⁾ nicht erzwungen werden.⁷⁹⁾

Darüberhinaus gestattet § 96 Abs. 2 VwGO, schon vor der mündlichen Verhandlung Beweis durch den beauftragten Richter erheben zu lassen. Dies ist im Zivilprozeß nicht möglich. Hier setzt vielmehr - in der Berufungsinstanz - die Tätigkeit des vorbereitenden Einzelrichters ein, der vor der abschließenden mündlichen Verhandlung vor der Kammer bzw. dem Senat vorgreifliche Beweiserhebungen durchführen kann.

Abgesehen davon stellt sich auch in der Berufungsinstanz der zur Entscheidung gestellte Sachverhalt von der Tatsachenseite her im Zivilverfahren schwieriger dar. Der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt wird erstmals im Verfahren erster Instanz unter rechtlichen Gesichtspunkten geordnet. Demgegenüber ist dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren überhaupt in der Regel ein Verwaltungsvorverfahren vorgeschaltet, ganz abgesehen davon, daß die beteiligte Be-

74) Vgl. Redeker-von Oertzen § 87 Rdn. 4.

75) Vgl. Kopp § 87 Anm. 2.

76) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 296 Anm. 2A; Zöller § 296 Anm. 1; OLG München NJW 62, 1114.

77) Der Sachaufklärung dient die Anhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO. Diese ist Teil der mündlichen Verhandlung. Vgl. Thomas-Putzo § 141 Anm. 2; Stein-Jonas § 141 Anm. II 5; Zöller § 141 Anm. 1.

78) § 95 VwGO gilt auch im Rahmen des § 87 VwGO. Vgl. OVG Hamburg NJW 68, 1348 (1349); OVG Münster DÖV 72, 799.

79) § 296 Abs. 2 ZPO verweist nicht auf § 141 Abs. 3 ZPO. Vgl. Zöller § 296 Anm. 2; Thomas-Putzo § 296 Anm. 6; OLG Köln NJW 74, 1003.

hörde die Tatsachen bereits rechtlich einordnen muß, da sie stets auf ihre Gesetzesbindung bedacht sein muß. Der Nachweis der Planwidrigkeit des Fehlens einer dem § 524 ZPO entsprechenden Regelung muß unter Beachtung dieser Gesichtspunkte mißlingen. Die Ansicht, daß für den vorbereitenden Einzelrichter in der VwGO kein Raum ist, erweist sich somit als zutreffend.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die Prüfung, ob § 348 ZPO n. F. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entsprechend heranzuziehen ist.⁸⁰⁾ Allerdings sind insoweit die sich aus § 5 Abs. 3 VwGO ergebenden Bedenken weit schwerwiegender. Die Tätigkeit des Einzelrichters nach § 348 ZPO n. F. dient nicht mehr der Vorbereitung der Entscheidung durch die Kammer, der Richter entscheidet vielmehr selbst. Eine entsprechende Anwendung muß dann zumindest im Hinblick auf die obligatorische Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter auf Bedenken stoßen. Verbleibende Zweifel können jedoch auch hier durch die Frage nach der Planwidrigkeit des Fehlens entsprechender Vorschriften in der VwGO überwunden werden. Die aufgrund des Tatsachenstoffes mögliche und durch die VwGO zugelassene gründliche Terminvorbereitung, die nicht unter dem Zwang der Terminierung gemäß §§ 216 Abs. 2, 261 ZPO steht, läßt den alleinentscheidenden Einzelrichter in der VwGO nicht vermissen, der Nachweis der Planwidrigkeit muß mißlingen.

Eine ähnliche Problematik ergibt sich hinsichtlich der Zulässigkeit von Schiedsurteilen. Eine entsprechende Anwendung des § 510 c ZPO über § 173 VwGO wird wohl einhellig abgelehnt.⁸¹⁾ Das wird teilweise damit begründet, daß der Verwaltungsprozeß keine vermögensrechtlichen Streitigkeiten kenne. Rechtsprechung und Literatur vertreten jedoch in anderen Fällen zu Recht die gegenteilige Auffassung.⁸²⁾ Zum anderen wird angeführt, das Schiedsurteilsverfahren sei mit dem Verwaltungsprozeß nicht vergleichbar.⁸³⁾ Dies trifft zwar zu, doch ist das Schiedsurteilsverfahren auch nicht mit dem normalen zivilprozessualen Verfahren in Einklang zu bringen. Für die Frage, ob gerade dieses abweichende, vereinfachte Verfahren des § 510 c ZPO über § 173 VwGO in den Verwaltungsprozeß Eingang gefunden hat und auch dort eine Ausnahme bildet, ist damit nichts gewonnen. So stellt sich auch hier die

80) Baumbach-Lauterbach Vorb. zu § 348 Anm. 3.

81) Vgl. Ule, Kommentar, § 153 Anm. I; Baumbach-Lauterbach Vorbem. § 495 Anm. 3; Koehler § 173 Anm. IV 7; Staab DÖV 54, 521 (522); OVG Lüneburg OVG 14, 465 (468 ff.).

82) Vgl. BVerwGE 2, 290 (291 f.); Eyermann-Fröhler § 128 Anm. 1; Redeker-von Oertzen § 165 Rdn. 2; Fromm DVBl 64, 1014 (1015); OVG Koblenz AS 8, 288; im Ergebnis ebenso VGH Mannheim NJW 63, 1220.

83) OVG Lüneburg OVG 14, 465 (468 ff.) jedoch unter Geltung der MRVO 165.

Forderung, den Nachweis positiver Andersregelung oder grundsätzlicher Unterschiede zu erbringen. Dies erweist sich jedoch als ein schwieriges Unterfangen, das allenfalls mittels kunstvoller Konstruktionen gelingen kann, die zu erheblichen Zweifeln Anlaß geben müssen. Solche Schwierigkeiten entstehen nicht, wenn man sich auf das Element Planwidrigkeit besinnt. Aus den Regeln des Verwaltungsprozesses läßt sich nämlich umgekehrt nicht schließen, daß die Übernahme der Vorschrift gefordert wird. Das Element Planwidrigkeit erweist sich somit auch hier als ein wesentliches Kriterium.

2.3 Folgerung: Die Planwidrigkeit als Element der Verweisungslücke

Nach den vorstehenden Erörterungen kann als Ergebnis festgestellt werden, daß auch bei der Verweisungslücke das Merkmal Planwidrigkeit von Bedeutung ist. Ergaben schon die theoretischen Überlegungen, daß die Planwidrigkeit notwendige Voraussetzung der Verweisungslücke ist, so bestätigte sich dies empirisch durch die Überprüfung an Hand praktischer Beispiele der Gesetzesanwendung. Es zeigte sich, daß Auslegungsschwierigkeiten entstehen, wenn das Element Planwidrigkeit als Voraussetzung der Verweisungslücke nicht anerkannt wird. Dabei soll die Planwidrigkeit nicht als Wundermittel angepriesen werden, das die nähere Beschäftigung mit den weiteren Voraussetzungen der Verweisung erspart. Die Schwächen liegen darin, daß die Feststellung der Planwidrigkeit eine vielfach nicht einfache wertende und erkennende Tätigkeit des Richters erfordert. Zum anderen sind gerade die Übergänge zu den anderen Voraussetzungen der Verweisung fließend, ja, es bestehen - wie noch zu zeigen sein wird - innere Zusammenhänge. Diese Schwierigkeiten machen das Element Planwidrigkeit jedoch nicht überflüssig, denn in den Kernbereichen ist eine Trennung denkbar und zur Erklärung des Erscheinungsbildes der Generalverweisung notwendig. Die Existenz des Merkmals Planwidrigkeit leugnen, hieße, einen Teil des komplexen Bildes der Generalverweisung zu übersehen. Folge einer solchen Auffassung wären wenig einleuchtende und unrichtige Ergebnisse. Das Merkmal Planwidrigkeit erweist sich so als notwendiges Abgrenzungs- und Auslegungsmoment im System der Generalverweisung.

2.4 Feststellung der Planwidrigkeit im Bereich des § 173 VwGO

Mit dem bloßen Hinweis auf die Existenzberechtigung des Merkmals Planwidrigkeit ist jedoch auch hier wenig gewonnen, wenn nicht das Bezugssystem bekannt ist, nach dem sich die Planwidrigkeit bemißt. Wie oben für den Bereich

der Gesetzeslücke hervorgehoben,⁸⁴⁾ werden auf diese Frage verschiedene Antworten gegeben. Es wurde gezeigt, daß eine Bezugnahme auf Sinn und Zweck des geschriebenen Rechts erforderlich ist. Dabei blieb offen, ob eine Orientierung an der immanenten Teleologie des Gesetzes oder des Gesamtrechtssystems erfolgen muß. Für die Verweisungslücke des § 173 VwGO muß jedoch eine Antwort gefunden werden. Diese darf nicht außer acht lassen, daß die Verweisungslücke nicht Voraussetzung der Rechtsfindung praeter legem ist, sondern im Bereich der Auslegung den Weg für die Anwendung bestimmter Normen, nämlich ZPO und GVG freigibt. Das Element Planwidrigkeit dient hier nicht dazu, den Richter bei der Rechtsfindung überhaupt an das positive Recht zu binden, vielmehr wird im Bereich der Verweisungslücke eine Bindung an das verweisende Gesetz, die VwGO, angestrebt. Soll dieses Ziel nicht geopfert werden, darf sich die Planwidrigkeit deshalb nur an dem verweisenden Gesetz, nicht aber am Gesamtrechtssystem orientieren. Soll die VwGO ihrer Aufgabe als geschlossene Regelung des Verwaltungsprozesses gerecht werden und dementsprechend die Generalverweisung nur hilfsweise zum Zuge kommen, **dafür** kann eine Planwidrigkeit für die Verweisungslücke nur vorliegen, wenn die VwGO selbst eine Ergänzung fordert. Zu dem Gesamtrechtssystem gehören zweifellos auch GVG und ZPO. Erklärt man das Gesamtrechtssystem zum Bezugspunkt der Planwidrigkeit, dann entscheiden ausgerechnet die Vorschriften, deren Anwendbarkeit in Frage steht, selbst über eben diese Anwendungsmöglichkeit; ein wenig einleuchtendes, paradoxes Ergebnis.⁸⁵⁾ Nicht zuletzt im Interesse verfassungsrechtlich gebotener Bestimmtheit soll durch das Erfordernis der Planwidrigkeit eine Bindung an die VwGO selbst erfolgen, ein Ziel, das nicht erreicht werden kann, wenn sich die Planwidrigkeit an der Teleologie des Gesamrechtssystems orientiert.

Andererseits darf das Sichtbarmachen systematischer Zusammenhänge nicht mit der Erstellung eines rezeptartigen Prüfungsschemas verwechselt werden. Deshalb sollte die aufgezeigte Abhängigkeit zwischen dem Merkmal Planwidrigkeit und der Teleologie des verweisenden Gesetzes, der VwGO, nicht dazu verführen, diese völlig isoliert zu sehen und unter bewußter, ängstlicher Vermeidung jeden Blicks auf andere, ähnliche gesetzliche Regelungen aus ihr die Planwidrigkeit herauslesen zu wollen. Das gilt auch und gerade gegenüber der ZPO.

84) Vgl. oben S. 24 f.

85) Dabei soll nicht verkannt werden, daß das Element Planwidrigkeit selbst bei dieser Deutung noch kein Widerspruch in sich selbst wäre. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob das Gesamtrechtssystem unter Einschluß von ZPO und GVG die Ergänzung der VwGO fordert oder lediglich zuläßt. Nur wenn letzteres genügt wäre der Zustand erreicht, der bei gänzlichem Fehlen der Planwidrigkeit als Voraussetzung der Verweisungslücke eintritt.

Die VwGO ist eingebettet in allgemeine prozeßrechtliche Erkenntnisse und kann ihre Entstehungsgeschichte aus den zivilprozessualen Regelungen nicht leugnen. Sinn und Zweck einer konkreten Regelung lassen sich nicht erkennen, wenn eine bestehende Verflechtung außer acht gelassen wird. Im Rahmen der Erschließung der Teleologie des Gesetzes brauchen deshalb historische Gesichtspunkte nicht aus den Überlegungen verbannt zu werden. Innerhalb der VwGO sind Erkenntnisse der Zivilprozeßrechtswissenschaft verarbeitet worden, die bei der Prüfung der Wertungsfrage, ob das Fehlen einer Regelung in der VwGO planwidrig ist, nicht unbeachtet bleiben dürfen. In gewisser Beziehung besteht deshalb eine Wechselwirkung zwischen der Feststellung einer Verweisungslücke und dem sich zur Ausfüllung desselben anbietenden Verweisungsobjekt.⁸⁶⁾ Ist somit das Bezugssystem im Grundsatz aufgezeigt, lassen sich nunmehr einzelne Gesichtspunkte herausgreifen, an Hand derer auf die Planwidrigkeit des Fehlens einer Regelung geschlossen werden kann.

2.4.1 Ausdrücklicher Hinweis durch das Gesetz

Zuweilen ergibt sich aus den Vorschriften der VwGO selbst direkt ein Hinweis auf die Ergänzungsbedürftigkeit: Im Gesetzestext wird eine Formulierung gebraucht oder eine Einzelregelung getroffen, die ohne Ergänzung der VwGO durch entsprechende Vorschriften der ZPO ohne Inhalt bleiben würde.

So findet sich in der VwGO keine den §§ 306 ff. ZPO entsprechende Regelung. Dagegen trifft § 156 VwGO eine kostenrechtliche Bestimmung für den Fall des Anerkenntnisses, die § 93 ZPO entspricht. Wozu, so stellt sich sofort die Frage, enthält das Gesetz kostenrechtliche Anordnungen, wenn es den zugrundeliegenden Fall nicht geben kann? Aus der Existenz des § 156 VwGO muß der Rechtsanwender schließen, daß auch im Verwaltungsprozeß ein Anerkenntnis möglich sein muß.⁸⁷⁾ Allein aus § 156 VwGO läßt sich andererseits nicht entnehmen, welche Bedeutung dem Anerkenntnis im Verwaltungsprozeß zukommt. Es bedarf insoweit einer näheren Regelung, deren Fehlen ist somit planwidrig.

86) Über die Wechselwirkung zwischen Lückenfeststellung und Lückenschließung bei der Gesetzeslücke vgl. Canaris, Lücke, S. 144 ff.; ders., System, S. 95 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 363.

87) Unrichtig deshalb die Auffassung des Abgeordneten Hoogen (Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages III/55 S. 14), § 156 VwGO sei für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit eines Anerkenntnisses im Verwaltungsprozeß nicht wesentlich, aber auch nicht schädlich.

Ob in der Tat § 307 ZPO entsprechend anzuwenden ist, kann daraus jedoch nicht ohne weiteres geschlossen werden.⁸⁸⁾ Vielmehr muß noch geprüft werden, ob nicht grundsätzliche Unterschiede zwischen den Verfahrensarten dem entgegenstehen.

2.4.2 Hinweis aus dem Gesetzeszusammenhang

Ähnlich ergibt sich aus § 153 Abs. 1 VwGO, der auf die Vorschriften der ZPO zur Wiederaufnahme des Verfahrens verweist, daß auch im Verwaltungsprozeß Urteile in formelle Rechtskraft erwachsen, da sonst besondere Vorschriften für die Wiederaufnahme des Verfahrens sinnlos bleiben würden.⁸⁹⁾ Da § 121 VwGO nur die materielle Rechtskraft betrifft, fehlt eine Regelung über die formelle Rechtskraft, die durch die VwGO gefordert wird. Das Fehlen einer solchen Regelung ist planwidrig, so daß das Bestehen einer Verweisungslücke bejaht werden kann, die den Weg für eine Anwendung zivilprozessualer Vorschriften - hier des § 705 ZPO - eröffnet.⁹⁰⁾ Die Planwidrigkeit ergibt sich in diesem Fall zwar nicht aus einer ausdrücklichen Bestimmung der VwGO, läßt sich aber aus dem Gesetzeszusammenhang der Vorschriften erschließen.

Vergleichbar damit ist der Fall, daß sich aus Prinzipien, deren Geltung sich an Hand anderer Vorschriften der VwGO ableiten läßt, ergibt, daß nicht vorhandene Regelungen von der VwGO selbst gefordert werden:

§ 91 Abs. 1 VwGO regelt die Zulässigkeit von Klageänderungen in ähnlicher Weise wie § 264 ZPO. Eine Bestimmung, die § 268 ZPO entspricht, fehlt in der VwGO. Diese Vorschrift läßt in Ziff. 2 und 3 Klageänderungen zu. Der

88) Vgl. Schröder JUS 61, 48 (50).

89) Vgl. Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 438; Eyermann-Fröhler § 121 Rdn. 1.

90) Die Spezialverweisung des § 167 VwGO, die das gesamte 8. Buch der ZPO, also im Grundsatz auch § 705 ZPO umfaßt, kann hier nicht zum Zuge kommen, weil es sich nicht um eine spezifische Frage der Vollstreckung handelt, wenn auch die formelle Rechtskraft nach §§ 704 Abs. 1 ZPO und 168 Abs. 1 Ziff. 1 VwGO Vollstreckungsvoraussetzung ist (vgl. Schunck-De Clerck § 167 Anm. 2e; BVerwG DVBl 61, 450). Für Anwendung über § 173 VwGO: Eyermann-Fröhler und Menger a. a. O. (Fußnote 89). Dagegen wenden Redeker-von Oertzen (§ 132 Rdn. 24) sowie Baumbach-Lauterbach (§ 705 Anm. 3) § 705 ZPO über § 167 Abs. 1 VwGO an. Ohne Nennung der Übernahmevorschrift; BVerwG DVBl 61, 450.

Grund hierfür liegt darin, unnötige Verdoppelungen der Prozesse zu vermeiden, letztlich also im Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit.⁹¹⁾ Diesem Grundsatz räumt auch die VwGO große Bedeutung ein.⁹²⁾ Dies läßt sich an zahlreichen gesetzlichen Ausprägungen feststellen.⁹³⁾ Diese Wertsetzung durch die VwGO kann bei der Prüfung der Planwidrigkeit nicht unbeachtet bleiben; vielmehr ist davon auszugehen, daß auch im Verwaltungsprozeß etwa eine Beschränkung des Klageantrags nicht erst auf dem umständlichen Weg der Klageänderung Eingang in das laufende Verfahren finden soll, weil dies mit den sonstigen Bestrebungen der VwGO zur wirtschaftlichen und beschleunigten Bereinigung des Rechtsstreits nicht in Einklang stehen würde. Das Fehlen einer dem § 268 ZPO entsprechenden Vorschrift kann somit als planwidrig angesehen werden, weil es dem der VwGO immanenten Grundsatz der Prozeßwirtschaftlichkeit zuwiderläuft.⁹⁴⁾ In der Tat wird dementsprechend eine Übernahme des § 268 ZPO nach § 173 VwGO in den Verwaltungsprozeß von Rechtsprechung und Literatur bejaht.⁹⁵⁾

2.4.3 Hinweis aus der Regelungsbedürftigkeit bestimmter Sachverhalte

Für die Prüfung, ob das Fehlen von Bestimmungen planwidrig ist, können sich schließlich auch Hinweise aus den Lebensverhältnissen ergeben, für die keine Regelung besteht, obwohl sie einer solchen denknotwendig bedürfen. Eine solche Prozeßgestaltung liegt vor, wenn der Kläger im Laufe des Verfahrens verstirbt. Der Regelung des Verfahrensfortgangs in einem solchen Fall kann keine Prozeßordnung ausweichen, ohne lückenhaft zu bleiben, denn es ist nie auszuschließen, daß ein solcher Lebenssachverhalt eintritt. Erhebt die VwGO grundsätzlich Anspruch darauf, eine geschlossene Regelung des verwaltungsge-

91) Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 264 Anm. I 1.

92) Vgl. Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 444.

93) Vgl. z. B. § 87 VwGO.

94) Vgl. BVerwG DVBl 68, 654 (655); eine ähnliche Folgerung zieht für § 254 ZPO OVG Hamburg DVBl 60, 178 (179). Über Prozeßökonomie als Wertungsmaßstab bei der Gesetzeslücke vgl. Canaris, Lücke, S. 126; zu der Bedeutung des Grundsatzes für die Auslegung vgl. Schmidt, S. 42.

Die Klammerwirkung der Prozeßgrundsätze sollte allerdings nicht überbewertet werden, Systembrüche und Systemlücken dürfen nicht außer acht gelassen werden (vgl. Canaris, System, S. 110). Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Prozeßgrundsatz nur mit Ausnahmen Aufnahme in der VwGO gefunden hat.

95) Vgl. BVerwG DÖV 70, 498 (499); BVerwGE 27, 181 (184); Baumbach-Lauterbach § 268 Anm. 4; Eyermann-Fröhler § 91 Rdn. 6 ff.; Redeker-von Oertzen § 91 Rdn. 2; Ule, Lehrbuch, S. 172; Kopp § 91 Anm. 4.

richtlichen Verfahrens zu treffen, so darf sie die Antwort nicht schuldig bleiben. Das Fehlen einer entsprechenden Regelung ist somit als planwidrig anzusehen. Einer Heranziehung des § 239 Abs. 1 ZPO über § 173 VwGO steht deshalb insoweit nichts im Wege.⁹⁶⁾

Innerhalb solcher Wertungen darf sich der Rechtsanwender allerdings nicht zu Fehlschlüssen verleiten lassen. Daß ein konkreter Sachverhalt im Rahmen des Prozesses möglich ist, berechtigt nicht ohne weiteres zur Annahme, das Fehlen entsprechender Vorschriften sei planwidrig; vielmehr müssen diese nicht nur nahegelegt, sondern gefordert werden. Aus der bloßen Tatsache, daß ein Beklagter im Prozeß die Verteidigung aufgeben und den Anspruch des Klägers als gerechtfertigt bezeichnen kann, folgt nicht, daß die Prozeßordnung an ein solches Verhalten besondere Folgerungen knüpfen muß, wie dies in § 307 ZPO für den Zivilprozeß der Fall ist. Die bloße Möglichkeit, daß der Beklagte auch im Verwaltungsprozeß Erklärungen abgeben kann, die den Erfordernissen des § 307 ZPO entsprechen, zwingt nicht dazu, auch im Verwaltungsprozeß ein Anerkenntnis mit den Wirkungen des § 307 ZPO zuzulassen. Es bleibt nämlich unbenommen, aus einem "Anerkenntnis" keine Folgerungen zu ziehen und den Prozeß fortzusetzen.

96) Für rechtsnachfolgefähige Rechte bejahen eine Anwendung des § 239 Abs. 1 ZPO: BVerwG NJW 62, 650 (651); BVerwGE 44, 148 (149); VGH Kassel DVBl 62, 340; Eyermann-Fröhler § 61 Rdn. 13; Redeker-von Oertzen § 94 Rdn. 7; Baumbach-Lauterbach § 239 Anm. 6; Grunsky S. 245 (§ 26 IV); Kopp § 94 Anm. 1.

3. KAPITEL Grenzen der Verweisung

I Generelle Beschränkung auf bestimmte Verfahrensgestaltungen

1 Anwendung nur im Bereich des Teils II der VwGO?

Wenn im vorstehenden Kapitel der Charakter der Verweisungslücke dargestellt worden ist, so ist dabei offen geblieben, ob Verweisungslücken im Sinne des § 173 VwGO nur in bestimmten Bereichen der VwGO auftreten können, weil sich die Verweisung nur auf diese Normen der VwGO bezieht, ob also eine generelle Begrenzung der Verweisung des § 173 VwGO im Bereich des Verweisungsgesetzes VwGO besteht,

Nach dem Wortlaut des § 173 VwGO kommt die Verweisung dann zum Zuge, wenn die VwGO keine Bestimmung über das Verfahren enthält. Unter der Bezeichnung "Verfahren" faßt die VwGO die Vorschriften der §§ 54 bis 123 in Teil II zusammen. So stellt sich die Frage, ob § 173 VwGO nur auf diesen Teil II abstellt. Gegen eine weitergehende Anwendung auch auf die übrigen Teile sind in der Tat Bedenken erhoben worden.¹⁾

Einer solchen Begrenzung der Generalverweisung auf den Teil II der VwGO läßt sich aber schon die gesetzessystematische Stellung des § 173 VwGO entgegenhalten. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Vorschrift dann nicht in diesen Teil II aufgenommen, sondern vielmehr in den Schluß- und Übergangsbestimmungen zu finden ist. Dieser Umstand deutet darauf hin, daß § 173 VwGO im gesamten Bereich dieses Gesetzes gelten soll.²⁾

Neben der gesetzessystematischen Stellung zeigt sich die umfassende Struktur des § 173 VwGO nicht zuletzt darin, daß die Verweisung auch auf das GVG gerichtet ist. Regelungen über die Gerichtsverfassung, zu deren Ergänzung die Verweisung führen soll, finden sich gerade im Teil I der VwGO, der auch ent-

1) Vgl. Schenke VerwArch 1970, 260 (266).

2) Die Stellung des § 173 VwGO im Gesetz ist nicht rein zufälliger Natur. Vielmehr hat sie der Gesetzgeber mit Bedacht gewählt, wie Koehler (§ 173 Anm. II) berichtet.

sprechend überschrieben ist. Die gegenteilige Auffassung läßt das Zitat des GVG in § 173 VwGO weitgehend ins Leere laufen.

Eine Begrenzung auf Teil II der VwGO wäre schließlich auch wenig sinnvoll. Gerade in Teil III kommt der Generalverweisung eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Auch dort deutet die VwGO selbst auf die Geltung der ZPO hin und setzt so eine Anwendung des § 173 VwGO voraus. So schreibt etwa § 127 VwGO vor, daß eine Anschlußberufung selbst dann möglich ist, wenn auf die Berufung verzichtet worden ist. Die VwGO gibt damit zu erkennen, daß auch im Verwaltungsprozeß ein Rechtsmittelverzicht möglich ist, obwohl sich darüber in der VwGO selbst keine Regelung findet. Die entsprechende Anwendung des § 514 ZPO liegt auf der Hand.³⁾

Mit der h. M. ist daher davon auszugehen, daß die Verweisung des § 173 VwGO im Bereich der gesamten VwGO gilt.⁴⁾

2 Begrenzung durch den Lückenbegriff

Voraussetzung für das Eingreifen der Generalverweisung ist - wie gesagt - das Vorliegen einer Verweisungslücke. Ob eine solche Lücke vorliegt, läßt sich nur feststellen, wenn Klarheit darüber besteht, wo eine Regelung vermißt wird. Macht sich der Rechtsanwender auf die Suche nach einer passenden Vorschrift, dann muß er wissen, wofür er diese Regelung sucht. Die Anwendung des § 173 VwGO wird so auf einen Einzelfall, einen konkreten Normenkomplex beschränkt. Zwar verweist § 173 VwGO generell auf ZPO und GVG ohne zwischen verschiedenen Verfahrensgestaltungen zu unterscheiden,⁵⁾ doch läßt sich weder die Planwidrigkeit des Fehlens einer Regelung noch das Vorliegen grundsätzlicher Unterschiede feststellen, ohne die konkrete Verfahrensart zu berücksichtigen.⁶⁾ Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten können entstehen,

3) Vgl. Eyermann-Fröhler § 124 Rdn. 12; Redeker-von Oertzen § 126 Rdn. 8; Baumbach-Lauterbach § 514 Anm. 4.

4) Vgl. OVG Münster DVBl 65, 244 (245); Schunck-De Clerck § 173 Anm. 2; Ule, Kommentar, Anm. zu § 173; Klinger Anm. zu § 173; Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2; Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 1; Langen S. 118; ähnlich auch VGH München, NJW 68, 1154, der grundsätzlich ebenfalls von der Anwendbarkeit auf die Teile I - IV ausgeht.

5) Vgl. Zuck DÖV 65, 836 (839).

6) Zu Recht betont Menger (System S. 97 ff. und S. 259 ff. sowie Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 434), daß sich nicht der Verwaltungsprozeß mit dem Zivilprozeß schlechthin vergleichen lasse, Vgl. dazu auch Wacke AöR 79 (1954), 183 f.

wenn sich der Rechtsanwender dieser Grenzen seiner Feststellungen nicht bewußt bleibt und die Ergebnisse auf andere Verfahrensarten überträgt, ohne sich erneut die Frage nach Übernahmefähigkeit und Erfordernis einer entsprechenden Anwendung zu stellen. Es ist denkbar, daß zwar in verschiedenen Verfahrensarten ähnliche Lücken auftreten, ihre Schließung durch Anwendung der ZPO und des GVG aber nur in einem Falle möglich ist. Im Rahmen der Normenkontrollklage nach § 47 VwGO etwa ergeben sich regelmäßig andere Erfordernisse als bei Anfechtungsklagen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Unterscheidung zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten,⁷⁾ aber auch, ob sich die Parteien in einem Über-Unterordnungsverhältnis oder gleichgeordnet gegenüberstehen.⁸⁾

-
- 7) Menger (System S. 262) leugnet bei Parteistreitigkeiten sogar generell das Bestehen grundsätzlicher Unterschiede zu den normalen Klagearten des Zivilprozesses.
- 8) Die Unterscheidung erfolgt hier in Anlehnung an die h. M., die unter Anknüpfung an § 85 südd. VGG den Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen die Parteistreitigkeiten gegenüberstellt (vgl. Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 375 (§ 171 Ia); Schunck-De Clerck § 40 Anm. 1d; Rupp DVBl 63, 577; auch Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 6). Wenn dabei als Merkmal der Parteistreitigkeiten die Gleichordnung der Parteien angesehen wird, so kann dies nur rein prozessual verstanden werden, also ohne Rücksicht darauf, ob sich die Parteien auch außerhalb des Prozesses gleichgestellt gegenüberstehen (Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 397 (§ 172 IIa); Rupp DVBl 63, 577; Hegel DÖV 65, 413 (414)). Nach h. M. sind deshalb auch Parteistreitigkeiten denkbar, bei denen die Parteien im Über-Unterordnungsverhältnis zueinander stehen, wobei insbesondere die Leistungsklage gegen Amtshandlungen, die nicht Verwaltungsakte sind, hervorzuheben ist (vgl. BVerwG NJW 69, 1131; Rupp AöR 85 (1960) S. 304 ff.; Holland DÖV 65, 410 (412)). Eine Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung, die als Verwaltungsakte im Sinne des § 42 VwGO alle Amtshandlungen ansieht und deshalb nur bei öffentlich-rechtlichem Gleichordnungsverhältnis Parteistreitigkeiten für möglich hält (Eyermann-Fröhler § 42 Rdn. 4a ff.; ähnlich Bettermann DVBl 69, 703 f.), geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus und ist auch nicht erforderlich. Hier kommt es nur darauf an, daß Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten eine unterschiedliche prozessuale Behandlung erfahren; wann im einzelnen Parteistreitigkeiten oder Anfechtungssachen vorliegen, ist eine andere Frage. Unterschiede zwischen diesen Verfahrensarten gibt es z. B. hinsichtlich des Vorverfahrens (§ 68 ff. VwGO), der Klagfrist (§ 74 VwGO), dem Erfordernis der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) und insbesondere der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 167 Abs. 2 VwGO) (vgl. Holland DÖV 65, 410 f.; BVerwG

Streiten sich z. B. zwei Bürger um die Berechtigung zum Empfang einer staatlichen Leistung, die durch Verwaltungsakt zuerkannt werden muß, kann dieser Streit nicht im Rahmen einer Hauptintervention nach § 64 ZPO ausgetragen werden und kann der Behörde nicht das Recht eingeräumt werden, sich gemäß § 75 ZPO aus dem Rechtsstreit zurückzuziehen; denn nur die Behörde kann einen Verwaltungsakt erlassen und muß dabei auch den Berechtigten bestimmen. §§ 64 und 75 ZPO sind deshalb nur bei Parteistreitigkeiten im Verwaltungsprozeß entsprechend anwendbar.⁹⁾

Ähnlich kommt eine entsprechende Anwendung des § 323 ZPO nur bei reinen Leistungsklagen in Betracht.¹⁰⁾ Ist die Behörde auf Verpflichtungsklage hin zum Erlass eines entsprechenden Verwaltungsakts verurteilt worden, bleibt für eine Abänderungsklage kein Raum; vielmehr muß der Bürger die Änderung des Verwaltungsakts beantragen und gegebenenfalls mit einer Verpflichtungsklage durchsetzen.¹¹⁾

Das Abstellen auf konkrete Verfahrensarten darf jedoch nicht den Blick dafür versperren, daß auch innerhalb einer Verfahrensart Unterschiede hinsichtlich der Anwendbarkeit von Vorschriften der ZPO und des GVG bestehen können. Was als spezielle Verfahrensart anzusehen ist, ist in weiten Teilen eine Frage der Definition. Nicht jede Abweichung in der Verfahrensgestaltung muß

8) Fortsetzung

- NJW 69, 1131 (1132) und die Anmerkung von Bettermann dazu DVBl 69, 703 ff.). Die Formulierungen von Schunck-De Clerck (§ 40 Anm. 1d) und Redeker-von Oertzen (§ 42 Rdn. 7), wonach die Unterscheidung ohne jede Bedeutung sei, erweisen sich deshalb als zu eng.
- 9) Vgl. Bettermann MDR 67, 949 f.; Eyermann-Fröhler § 65 Rdn. 6 ff.; Baumbach-Lauterbach, Übersicht vor § 64 Anm. 4; Grunsky S. 239 (§ 26 III 1).
- 10) Vgl. Redeker-von Oertzen § 107 Rdn. 9; Ule, Kommentar, § 121 Anm. 1; Baumbach-Lauterbach § 323 Anm. 6; Grunsky S. 469 (§ 47 V 2).
- 11) Vergleichbare Beschränkungen finden sich bei der Übernahme des § 254 ZPO (vgl. Baumbach-Lauterbach § 254 Anm. 4; OVG Hamburg DVBl 60, 178 (179)) und des § 302 ZPO (vgl. Redeker-von Oertzen § 107 Rdn. 8; Ule, Kommentar, § 107 Anm. II 1). Ähnlich wird zum Teil die Zulässigkeit eines Anerkenntnisses nach § 307 ZPO nur für Parteistreitigkeiten bejaht (vgl. Lang VerwArch 1961, 180 f.). Diese Auffassung wurde auch bei den Beratungen im Rechtsausschuß vertreten (vgl. Beratungen des Rechtsausschusses III/55 S. 14; III/49 S. 7).

zu einer unterschiedlichen Einteilung in verschiedene Verfahrensarten führen.¹²⁾ Andererseits darf der Bezug auf einzelne Verfahrensfragen auch nicht so mißverstanden werden, als müsse der Richter bei jedem konkreten, zur Entscheidung anstehenden Rechtsstreit die Frage nach der Übernahme stellen und als sei eine verschiedene Beantwortung möglich.¹³⁾ § 173 VwGO führt weder zur Bildung einer Art "Fallrecht", noch steht er einer Systematisierung bei der Anwendung von ZPO und GVG entgegen. Vielmehr gilt es zu beachten, daß auch innerhalb der mehr oder minder willkürlich definierten Verfahrensarten Untergruppen denkbar sind, die eine differenzierte Beurteilung der Anwendungsmöglichkeiten gebieten.

Dies kann an Hand des folgenden Beispiels erläutert werden: Stirbt während des Verwaltungsprozesses der Kläger, so bietet sich zur Regelung des Verfahrensfortgangs § 239 ZPO an. In der Tat findet diese Vorschrift auch im Verwaltungsprozeß entsprechende Anwendung.¹⁴⁾ Stehen jedoch höchstpersönliche Rechtsgüter in Streit, so paßt die Vorschrift wenig, denn die Fortsetzung des Verfahrens ist sinnlos geworden. Dementsprechend geht die h. M. zu Recht davon aus, daß der Tod des Klägers zur Erledigung der Hauptsache führt, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter in Streit stehen.¹⁵⁾ Eine Anwendung des § 239 ZPO scheidet für diesen Fall demnach aus.¹⁶⁾

Der Charakter des Streitgegenstandes führt hier zu einer unterschiedlichen Betrachtungsweise, wenn es auch deshalb nicht zwingend geboten erscheint, Anfechtungssachen mit "höchstpersönlichem Streitgegenstand" und Anfechtungssachen mit "rechtsnachfolgefähigem Streitgegenstand" als unterschiedliche Verfahrensarten aufzufassen.

Die Konkretisierung der Übernahme von Vorschriften der ZPO oder des GVG auf die einzelnen Verfahrensgestaltungen durch den Lückenbegriff hindert an-

12) Es ist hier nicht der Ort, eine Abgrenzung des Begriffs "Verfahrensart" zu versuchen, zumal er lediglich als Hilfsmittel bei der Darstellung der Konkretisierung der Generalverweisung des § 173 VwGO durch den Lückenbegriff dient.

13) Die Unabhängigkeit des richterlichen Erkenntnisprozesses innerhalb des Rahmens der Gesetzesbindung ist damit selbstverständlich nicht angesprochen.

14) Vgl. oben S. 48 f.

15) BVerwG DVBl 63, 523; VGH Kassel DVBl 62, 340 (341); OVG Münster OVG 24, 91 (92); Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2 b 1; Redeker-von Oertzen § 94 Rdn. 7.

16) Abweichend Ule, Kommentar, § 94 Anm. I, der ohne besondere Begründung § 239 ZPO auch bei höchstpersönlichen Rechtsgütern anwenden will.

dererseits nicht die Feststellung der Anwendbarkeit für verschiedene oder auch alle Verfahrensgestaltungen, denn es besteht die Möglichkeit, daß für mehrere Verfahrensarten die gleiche Lücke besteht und sie in gleicher Weise geschlossen werden kann. Ja, dies dürfte sogar der Regelfall sein. Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklagen und Parteistreitigkeiten z. B. unterscheiden sich verfahrensmäßig nur in vergleichsweise wenigen Punkten und werden durch die VwGO nicht voneinander getrennt behandelt.¹⁷⁾ Sind sie Inhalt des "normalen" Verwaltungsprozesses, so läßt sich davon die Normenkontrollklage nach § 47 VwGO abscheiden. Abgesehen davon, daß diese nicht in allen Ländern eingeführt ist, müssen für das Verfahren kraft der Natur des Streitgegenstandes teilweise besondere Regeln gelten. Diese Verfahrensart kann hier als atypisch außer Betracht bleiben. Die folgende Untersuchung kann vielmehr vom Regelfall, den Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen ausgehen, wobei auf die Parteistreitigkeiten im Einzelfall einzugehen ist.¹⁸⁾

3 Generelle Beschränkung auf bestimmte Verfahrensarten im Zivilprozeß oder Auswahl durch den Richter?

Wie im Verwaltungsprozeß sind auch im Zivilprozeß verschiedene Verfahrensarten zu unterscheiden. Ja, dort ist die Unterscheidung noch deutlicher. Während der Verwaltungsprozeß durch die VwGO einheitlich geregelt wird, finden sich in der ZPO schon in der gesetzlich festgelegten Untergliederung verschiedene Verfahrensarten. Neben dem "normalen" Zivilprozeß enthält die ZPO besondere Bestimmungen über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§§ 495 - 510 c ZPO), über den Urkunden- und Wechselprozeß (§§ 592 - 605 a ZPO) oder das Verfahren in Ehesachen (§§ 606 - 687 ZPO), um einige Beispiele zu nennen.

Es ist deshalb denkbar, daß der Rechtsanwender bei der Suche nach einer Vorschrift, die unter entsprechender Anpassung und Abwandlung gemäß § 173 VwGO in den Verwaltungsprozeß zu übernehmen ist, auf verschiedene Normen in der ZPO stößt und diese in der Rechtsfolgeanordnung voneinander abweichen. Dann stellt sich die Frage, auf welche dieser Vorschriften sich die Verweisung bezieht.

Das aufgezeigte Problem wäre aus der Welt geschafft, wenn die Auslegung

17) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 25 f. (§ 5 II), Grunsky S. 378 (§ 38 III); zu weitgehend dagegen Schunck-De Clerck § 40 Anm. 1 d, wonach die Unterscheidung schlechthin ohne Bedeutung sein soll.

18) Vgl. Ule DVBl 54, 137 (140).

des § 173 VwGO ergeben sollte, daß in Wahrheit nur auf eine konkrete Verfahrensart verwiesen wird. Ausgehend von der Feststellung, daß Unterschiede und Übereinstimmungen nur für einzelne Verfahrensarten festlegbar sind, hat MENDER versucht, durch einen Vergleich einzelner Verfahrensarten Rechtsähnlichkeiten zu ermitteln.¹⁹⁾ Während er für Parteistreitigkeiten keine grundsätzlichen Unterschiede zu den normalen Klagearten des Zivilprozesses sieht, vergleicht er die Anfechtungsklage mit der in der ZPO geregelten, systematisch zum Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehörigen Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß nach §§ 664 ff. ZPO, während insoweit zu den normalen Klagearten grundsätzliche Unterschiede bestehen sollen.²⁰⁾ § 173 VwGO müßte folgerichtig im Rahmen von Parteistreitigkeiten auf den "normalen" Zivilprozeß, bei Anfechtungssachen aber auf die §§ 664 ff. ZPO verweisen, weil im übrigen jeweils grundsätzliche Unterschiede im Wege stehen.

Ein solcher Schluß findet sich jedoch auch bei MENDER nicht. Bei dem Anfechtungsprozeß in Entmündigungssachen geht die ZPO, wie auch bei anderen besonderen Verfahrensarten, von den allgemeinen Regeln aus. Soweit sich aus den besonderen Vorschriften Abweichungen ergeben, soll das allgemeine Verfahrensrecht nicht gelten. Diese Besonderheiten sind es gerade, die dieser Verfahrensart nach der Auffassung MENGERS die Ähnlichkeit mit dem Verwaltungsprozeß verschafft. Solchen Bestimmungen ist jedoch in der Regel wenig zu entnehmen, weil schon die VwGO eine entsprechende Regelung enthält. Gerade dort, wo der Rechtsanwender Vorschriften zur Ausfüllung von Verweisungslücken im Sinne des § 173 VwGO sucht, schweigen die Vorschriften der besonderen Verfahrensarten der ZPO.

Soll § 173 VwGO seiner Funktion als Mittel zur Vermeidung von Wiederholungen und zur Ausfüllung von Verweisungslücken gerecht werden, dann muß die Verweisung den normalen Zivilprozeß umfassen und es erscheint nicht einsichtig, weshalb dazu der unsichere Umweg über eine besondere Verfahrensart gewählt werden soll, was überdies zu einem geringeren Grad der Durchschaubarkeit und damit auch der Bestimmtheit der Verweisung führen muß.

Die Verweisung auf den normalen Zivilprozeß entspricht auch dem Vorstellungsbild des Gesetzgebers. Schon die vergleichbaren Vorschriften in den Verwaltungsgerichtsordnungen der Länder²¹⁾ hatten in Wissenschaft und Praxis eine solche Auslegung erfahren. Ihre Tradition sollte im wesentlichen fortgesetzt wer-

19) Menger, System, S. 97 ff.; ähnlich ders., Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 433 f.

20) Menger, System, S. 180 ff., 259 ff.

21) Vgl. dazu oben S. 1 f.

den. In den parlamentarischen Beratungen wurden regelmäßig die Vorschriften, die die normalen Klagearten betreffen, herangezogen. Jedenfalls an das Entmündigungsverfahren wurde im Zusammenhang mit der Verweisung nicht gedacht.²²⁾ Bei Vergleichen und Hinweisen auf den Zivilprozeß ging man wie selbstverständlich davon aus, daß sich die Verweisung auf den normalen Zivilprozeß richtet, wie die Betonung des Unterschiedes zwischen Untersuchungs- und Beibringungsgrundsatz zeigt.²³⁾ Vorbild für die Regelungen der VwGO war ja auch das normale zivilprozessuale Verfahren und nicht etwa die Anfechtungsklage in Entmündigungssachen.

Ausgehend von diesem Vorstellungsbild des Gesetzgebers ergibt sich die Frage, ob sich die Verweisung des § 173 VwGO nicht überhaupt auf den normalen Zivilprozeß beschränkt, so daß die besonderen Verfahrensarten gänzlich außer Betracht bleiben können. Auch dann stellt sich das oben aufgezeigte Auswahlproblem nicht.

In der Tat fällt die Zurückhaltung auf, die Literatur und Rechtsprechung bei der Anwendung der besonderen Verfahrensarten üben. Über § 173 VwGO werden regelmäßig die Regelungen für den normalen Zivilprozeß, nicht die besonderen Vorschriften herangezogen. Dies zeigt sich deutlich bei dem oben genannten Beispiel der Anwendung der ZPO zur Regelung des Verfahrensfortgangs beim Tod des Klägers.²⁴⁾ Daß bei der Geltendmachung höchstpersönlicher Rechte eine Erledigung der Hauptsache eintritt, wird nur teilweise mit einer direkten Anwendung des § 628 ZPO über § 173 VwGO begründet. Während das BVerwG überhaupt auf eine Begründung an Hand einer Vorschrift der ZPO verzichtet,²⁵⁾ ziehen einige Autoren lediglich den Rechtsgedanken des § 628 ZPO heran.²⁶⁾ Eine entsprechende Anwendung nach § 173 VwGO befürworten lediglich JAROSCH²⁷⁾ und ZUCK,²⁸⁾ ohne jedoch auf die Zugehörigkeit des § 628 ZPO zum Eheverfahren einzugehen.

Ähnlich lehnen BAUMBACH - LAUTERBACH²⁹⁾ eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Eheverfahren schlechthin ab und wollen ledig-

22) Dies, obwohl die Auffassung Mengers bekannt sein mußte.

23) Vgl. z. B. Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages III/48 S. 8; III/61 S. 64 sowie III/64 S. 49.

24) Vgl. oben S. 54 f.

25) Vgl. BVerwG DVB1 63, 523.

26) Eyermann-Fröhler § 61 Rdn. 13; Klinger § 94 Anm. B; Müller-Tochtermann NJW 59, 421.

27) Jarosch DÖV 63, 133.

28) Zuck DÖV 65, 836 (839).

29) Baumbach-Lauterbach, Grundzüge vor §§ 606 ff. Anm. 3.

lich aus § 617 ZPO "Fingerzeige" entnehmen. Schließlich formuliert das OVG Münster ³⁰⁾ eindeutig, § 619 ZPO könne keine Anwendung finden, weil diese Vorschrift dem Verfahren in Ehesachen zugehöre und daher gemäß § 173 VwGO im Verwaltungsprozeß auch nicht entsprechend anwendbar sei. ³¹⁾

Eine Ausklammerung des Eheverfahrens aus dem Anwendungsbereich der Generalverweisung des § 173 VwGO ist nur denkbar, wenn entweder ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Verfahrensarten darin gesehen wird, daß die §§ 606 - 638 ZPO nur für den Eheprozeß als solchen in Betracht kommen und das Rechtsinstitut Ehe im Verwaltungsprozeß nicht in Streit stehen kann oder aber eine generelle Beschränkung der Verweisung besteht, § 173 VwGO verweist demnach im Ergebnis nur auf den normalen Zivilprozeß, wenn bei einer Anwendung der Vorschriften aller besonderer Verfahrensarten zu sämtlichen verwaltungsprozessualen Verfahrensarten grundsätzliche Unterschiede außer acht gelassen werden müßten oder wenn die Verweisung so ausgelegt wird, daß ihr eine Beschränkung immanent ist.

Der Versuch, grundsätzliche Unterschiede zu allen besonderen Verfahrensarten des Zivilprozesses nachzuweisen, erweist sich bei näherem Zusehen als wenig erfolgreich, § 173 VwGO sieht eine entsprechende, also eine angepasste Anwendung vor. Auch die Vorschriften des normalen Zivilprozesses werden regelmäßig erst in sinngemäßer Form für den Verwaltungsprozeß verwandt. Es erscheint deshalb nicht einleuchtend, weshalb - um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben - das Abstellen der genannten Bestimmungen auf das Institut Ehe einen grundsätzlichen Unterschied ergeben soll. Der Tod des Klägers bringt den Prozeß beim Eheverfahren in eine ähnliche Situation wie im Verwaltungsprozeß, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter in Streit stehen. Die Fortsetzung des Verfahrens ist sinnlos geworden, weil mit dem Tod der Partei auch das in Streit stehende Rechtsverhältnis aufgelöst worden ist. § 628 ZPO geht deshalb davon aus, daß der Streit über die höchstpersönlichen Rechtsbeziehungen nicht über den Tod der Partei hinaus fortgesetzt werden soll. ³²⁾ Es liegt deshalb auf der Hand, § 628 ZPO direkt gemäß § 173 VwGO in den insoweit vergleichbaren verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit über höchstpersönliche Rechtsgüter zu übertragen.

Nicht minder schwer fällt es, zwischen dem Verfahren vor den Amtsgerichten schlechthin und den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten grundsätzliche

30) OVG Münster NJW 68, 2160.

31) Zur Anwendung des § 619 ZPO vgl. auch Koehler § 95 Anm. II 2.

32) Zur Problematik des § 628 ZPO vgl. Stein-Jonas-Schlosser § 628 Anm. Ib und Jauernig FamRZ 61, 98 f.

Unterschiede zu finden.³³⁾ Wenn schließlich MENDER grundsätzliche Unterschiede zwischen Anfechtungssachen im Verwaltungsprozeß und den normalen Klagearten der ZPO feststellt und andererseits die Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren zum Vergleich heranzieht,³⁴⁾ so unterstreicht dies einmal mehr, daß der Versuch, eine Begrenzung der Generalverweisung des § 173 VwGO auf den normalen Zivilprozeß durch den Nachweis grundsätzlicher Unterschiede zu allen anderen zivilprozessualen Verfahrensarten herbeizuführen, der Erfolg versagt bleiben muß.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Verweisung in sich auf die Vorschriften des normalen Zivilprozesses beschränkt ist, so daß die besonderen Verfahrensarten von vornherein nicht erfaßt werden. Die beschriebene Handhabung im Gesetzgebungsverfahren scheint dies zu bestätigen. Andererseits muß jedoch bezweifelt werden, daß sich der Gesetzgeber dieser Fragestellung überhaupt bewußt war. Es läßt sich jedenfalls nicht ausschließen, daß er den Zivilprozeß schlechthin unter Einschluß der besonderen Verfahrensarten vor Augen hatte. So finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien Formulierungen, die von dem Zivilprozeß sprechen und dabei das Eheverfahren heranziehen.³⁵⁾ Auch hierbei konnte sich der Gesetzgeber mit Äußerungen in der Literatur einig wissen, die den Zivilprozeß in umfassendem Sinne dem Verwaltungsprozeß gegenüberstellen und den Erörterungen über die grundsätzlichen Unterschiede im Sinne des § 173 VwGO zugrunde legen.³⁶⁾

Mit einer Beschränkung der Verweisung auf den normalen Zivilprozeß läßt es sich überdies nur schwer vereinbaren, daß in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs als Beispiel für den Anwendungsbereich des § 173 VwGO das Schiedsgerichtsverfahren genannt wird, also ein Verfahren, das außerhalb des normalen Zivilprozesses steht.

Schließlich gibt auch der Wortlaut des § 173 VwGO für eine immanente Beschränkung nichts her. Dort wird auf das GVG und die ZPO ohne Einschränkung verwiesen und so generell der Zivilprozeß dem Verwaltungsprozeß gegenübergestellt.³⁷⁾ Wenn dies auch, wie gezeigt, im Grundsatz eigentlich nicht möglich ist, so läßt sich andererseits auch keine immanente Beschränkung

33) Vgl. Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor §§ 495 ff. Anm. 3.

34) Menger a. a. O. (S. 56 Fußnoten 19 und 20).

35) Vgl. z. B. die Ausführungen des Abgeordneten Benda über den Streitwert im Vergleich zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß, Beratungen des Rechtsausschusses des Bundestages III/52 S. 29.

36) Vgl. Ule DVBl 54, 137 (139).

37) Vgl. Zuck DÖV 65, 836 (839) Fußnote 44.

daraus herleiten. Der Wortlaut legt vielmehr die Auslegung nahe, daß grundsätzlich alle Vorschriften der ZPO und des GVG von der Verweisung erfaßt werden,

Wenn oben auch über die Zurückhaltung von Rechtsprechung und Literatur in Anwendung der Vorschriften über das Eheverfahren berichtet ³⁸⁾ worden ist, so kann doch nicht übersehen werden, daß Literatur und Rechtsprechung § 173 VwGO auch zur Anwendung von Vorschriften außerhalb des normalen Zivilprozesses heranziehen. Im Anschluß an die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs ist es z. B. allgemein anerkannt, daß die §§ 1025 ff. ZPO über § 173 VwGO im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten, ³⁹⁾ Schiedsverträge also auch im Verwaltungsrecht zulässig sind, ⁴⁰⁾ Ähnlich setzt die Feststellung, bestimmte Vorschriften, die den besonderen Verfahrensarten zugehören, seien wegen grundsätzlicher Unterschiede nicht anwendbar, voraus, daß diese im Grundsatz von der Verweisung des § 173 VwGO erfaßt werden, ⁴¹⁾

Wenn sich auch die Verweisung des § 173 VwGO - dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend - in erster Linie auf den Zivilprozeß in seiner normalen Erscheinungsform bezieht, kann andererseits nicht ausgeschlossen werden, daß auch Vorschriften aus den besonderen Verfahrensarten von der Verweisung erfaßt werden. Das eingangs aufgezeigte Problem der Bestimmung der in den Verwaltungsprozeß aufgenommenen Vorschrift, wenn sich mehrere anpassungsfähige Normen in der ZPO finden, ist somit noch nicht gelöst.

Es liegt nahe, die Auswahl dem Richter zu überlassen. Dagegen ergeben sich jedoch im Lichte des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots Bedenken. Enthält die Verweisung eine solche Aussage, dann weiß der Normadressat nicht, welche konkrete Vorschrift tatsächlich zur Anwendung gelangen soll, ⁴²⁾ die Entscheidung des Richters ist nicht vorhersehbar, ⁴³⁾ Hier stellt sich mit aller Deutlichkeit die Frage nach der Verfassungswidrigkeit des § 173 VwGO.

38) Vgl. oben S. 57 f.

39) Vgl. Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 110 ff.; Koehler § 40 Anm. XI 11; Wolterreck DÖV 66, 323 ff.; Müller NJW 63, 282 (283); Redeker-von Oertzen § 40 Rdn. 58; Scholz DÖV 73, 843 (845); Schiedsgerichtsurteil DÖV 73, 852 (853 f.); a. A. Bullinger S. 90 unter Hinweis auf § 40 VwGO.

40) Die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Schiedsgerichte wird im übrigen durch die VwGO selbst in § 168 Abs. 1 Nr. 5 und § 187 Abs. 1 vorausgesetzt, das Fehlen entsprechender Regelungen ist mithin planwidrig.

41) So ausdrücklich VG Wiesbaden NJW 64, 686 für das Mahnverfahren.

42) Vgl. Karpen S. 116.

43) Vgl. oben S. 36 ff.

Angesichts dieser Fragestellung sollte man sich jedoch der vergleichsweise geringen praktischen Bedeutung der Auswahlproblematik im Rahmen des § 173 VwGO bewußt bleiben. Auswahlprobleme im beschriebenen Sinne entstehen nur dann, wenn in der ZPO voneinander abweichende Vorschriften bestehen. Das kann nur dort der Fall sein, wo das Gesetz ähnliche prozessuale Tatbestände verschieden behandelt. Dies trifft etwa für den Eheprozeß im Vergleich zum normalen Zivilprozeß zu. Dagegen behandelt das 10. Buch der ZPO (schiedsrichterliches Verfahren) eine Verfahrensart, die sich mit dem normalen Zivilprozeß nicht überschneiden kann. Wie im Zivilrechtsstreit kommt eine entsprechende Anwendung der §§ 1025 ff. ZPO in öffentlich-rechtlichen Streitsachen nur dann in Betracht, wenn eine Schiedsvereinbarung getroffen worden ist. Eine Auswahlproblematik kann hier nicht entstehen, denn die Entscheidung wird durch das Bestehen oder Nichtbestehen einer Schiedsvereinbarung getroffen. Ähnlich ist auch die Prüfung der Anwendungsmöglichkeit des 9. Buches der ZPO (Aufgebotsverfahren) im Ergebnis unproblematisch. Die §§ 946 bis 1024 ZPO regeln eine andere Materie, die etwa mit dem normalen Zivilprozeß nicht zu Überschneidungen führt.

Dieses letzte Beispiel weist überdies auf die Eingrenzung der Problematik durch die Voraussetzungen der Generalverweisung des § 173 VwGO hin. Gemäß § 946 Abs. 1 ZPO findet das Aufgebotsverfahren nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt. Auf das Aufgebotsverfahren wird im Verwaltungsrecht nicht Bezug genommen, das materielle Verwaltungsrecht bestimmt in aller Regel vergleichbare Rechtsfolgen selbst.⁴⁴⁾ Die Regelungen der ZPO sind deshalb für den Verwaltungsprozeß insoweit gegenstandslos, ihr Fehlen in der VwGO nicht planwidrig.⁴⁵⁾ Wie oben⁴⁶⁾ bereits ausgeführt, ergibt sich aus den Voraussetzungen der Verweisung, insbesondere dem Erfordernis der Planwidrigkeit, für die Verweisungslücke im Sinne des § 173 VwGO eine erhebliche Eingrenzung, die nicht nur rein zahlenmäßig zu verstehen ist, sondern auch durch die Bindung an das Verweisungsgesetz, die VwGO, erreicht wird. Wenn schon die Voraussetzungen der Verweisung fehlen, braucht der Auswahlproblematik keine Beachtung geschenkt zu werden. So bleibt das 4. Buch der ZPO (Wiederaufnahme des Verfahrens) schon angesichts der Spezialverweisung in § 153 Abs. 1 VwGO unproblematisch und ähnlich bietet die Anwendung des 8. Buches der ZPO (Vollstreckung) keine Probleme, soweit die Vollstreckung verwaltungsge-

44) Vgl. z. B. § 16 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz; dazu Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 265 (§ 37 III d 3).

45) Zur Anwendbarkeit der §§ 946 - 1024 ZPO vgl. Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 946 Anm. 3.

46) S. 38 f.

richtlicher Entscheidungen in Frage steht, weil insoweit § 167 Abs. 1 VwGO auf das 8. Buch der ZPO verweist, Vollstreckungsrecht ist überdies eine Gesetzesmaterie, in der für Doppelregelungen kaum Anhaltspunkte zu finden sind, wie dies im Bereich des Erkenntnisverfahrens möglich ist. Schließlich lassen sich auch die Verfahrensarten weitgehend ausscheiden, deren Anwendung von vornherein grundsätzliche Unterschiede entgegenstehen. So wird etwa im Rahmen des Mahnverfahrens (7. Buch der ZPO) auf Grund einer einseitigen Erklärung eines Beteiligten ein Titel geschaffen. Ein solches System kennt die VwGO nicht, denn darin würde in Wahrheit eine Sachverhaltsunterstellung liegen, die dem in § 86 Abs. 1 VwGO niedergelegten Grundsatz der Erforschung von Amts wegen widerspricht.⁴⁷⁾ Fehlt ein vergleichbares Rechtsinstitut in der VwGO, dann sind die Regelungen der ZPO, die auf das konkrete Rechtsinstitut zugeschnitten sind, in aller Regel für den Verwaltungsprozeß gegenstandslos und nicht übertragbar. Dies gilt ähnlich auch für den Urkunden- und Wechselprozeß (5. Buch der ZPO).⁴⁸⁾

So bleiben im Ergebnis eigentlich nur das amtsgerichtliche Verfahren und das 6. Buch der ZPO, die Abweichungen vom normalen Zivilprozeß in der Weise enthalten, daß sich "doppelte" Vorschriften finden können. Aber auch innerhalb dieser Verfahrensarten ergeben sich die beschriebenen Umstände. Für eine entsprechende Anwendung der §§ 495 - 510c ZPO etwa bleibt weitgehend kein Raum, weil infolge positiver, vergleichbarer Regelungen in der VwGO keine Lücken in der VwGO bestehen, die mit Hilfe dieser Bestimmungen ausgefüllt werden könnten oder weil die vom normalen Verfahren abweichenden Bestimmungen auf Rechtsinstitute zugeschnitten sind, die es in der VwGO nicht gibt,⁴⁹⁾ das Fehlen entsprechender Vorschriften in der VwGO nicht planwidrig ist.⁵⁰⁾

Es zeigt sich so, daß es nicht leicht fällt, Beispiele zu finden, in denen die theoretischen Überlegungen zur Auswahl aus verschiedenen Vorschriften der ZPO tatsächlich praktische Bedeutung erlangen. Neben der bereits bekannten Problematik, ob bei Tod des Klägers § 239 ZPO oder § 628 ZPO zur Anwendung

47) Vgl. VG Wiesbaden NJW 64, 686 f.; Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 688 Anm. 4; Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2; Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 4; Kopp § 173 Anm. 1; Peters-Sautter-Wolff § 202 Anm. 7d für § 202 SGG.

48) Vgl. Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 592 Anm. 4; Peters-Sautter-Wolff § 202 Anm. 7d für § 202 SGG.

49) Vgl. dazu etwa § 508 ZPO, der sich auf Versäumnisurteile bezieht, die im Verwaltungsprozeß nicht zulässig sind.

50) Z. B. § 510c ZPO; vgl. dazu oben S. 42 f.

gelangen soll, stellt sich z. B. die Frage nach der Übernahme des § 218 ZPO⁵¹⁾ oder des § 618 Abs. 2 ZPO, ob also zu den Terminen, die in einer verkündeten Entscheidung bestimmt worden sind, eine Ladung entbehrlich ist oder ob der Beklagte stets zu laden ist, wenn der Termin nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde. Wenn auch aus § 56 Abs. 1 VwGO Anhaltspunkte für eine Beantwortung gefunden werden können, wird in dieser Vorschrift die Frage nicht geregelt, denn sie betrifft lediglich die Zustellung der Ladung, nicht aber, ob überhaupt eine Ladung, also eine Aufforderung zum Erscheinen im Termin,⁵²⁾ erforderlich ist,⁵³⁾

Dennoch muß für diese mehr oder minder nur theoretisch denkbaren Fälle eine Lösung gefunden werden, die verfassungsrechtlichen Erfordernissen genügt. Andererseits darf gerade angesichts der geringen praktischen Auswirkungen das Verfassungsgebot der Bestimmtheit gesetzlicher Anordnungen auch nicht überspannt werden.⁵⁴⁾ Die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns und damit richterlicher Entscheidung ist um so notwendiger, je mehr die Rechtsfolgen der gesetzlichen Anordnung in das Rechtsleben der Bürger eingreifen. Gesetzestreue kann nur erwartet werden, wenn die Gesetzesaussage klar ist. Deshalb kommt es für die Anforderungen, die an eine Norm im Licht des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots gestellt werden müssen, auch auf die Folgen einer Unbestimmtheit im sozialen Leben und im Rechtsverkehr an.⁵⁵⁾ Vergleichsweise unbedeutende Unbestimmtheiten auf verfahrensrechtlichem Gebiet brauchen daher nicht unter den gleichen kritischen Anforderungen gesehen zu werden, wie Normen, die einen unmittelbaren erheblichen Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers zulassen. In Anwendung dieser Überlegungen hat insbesondere das Bundesverfassungsgericht betont, daß gesetzliche Unbestimmtheit nur ausnahmsweise zur Verfassungswidrigkeit führt und dabei im Rahmen der Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe zwischen auslegungsfähigen und darum verfassungskonformen und nicht auslegungsfähigen und darum verfassungswidrigen Normen

51) So Baumbach-Lauterbach § 218 Anm. 2; Ule, Lehrbuch S. 192 (§ 47 II); Schunck-De Clerck § 102 Anm. 3 a; Kopp § 102 Anm. 3.

52) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 364 (§ 71 II).

53) Zwar ist die Ladung regelmäßig zuzustellen, doch zeigt § 141 Abs. 2 ZPO, daß dies nicht zwingend aus dem Rechtscharakter der Ladung folgt. Wenn hier zugegeben juristische Haarspalterei getrieben wird, so unterstreicht dies nur die Schwierigkeit, Beispiele für das aufgezeigte Problem zu finden.

54) Vgl. oben S. 37.

55) Vgl. BVerfGE 17, 67 (82).

unterschieden.⁵⁶⁾ Diese Überlegungen müssen grundsätzlich auch für die Anforderungen an die Bestimmtheit von Verweisungen gelten. Allerdings darf nicht verkannt werden, daß es sich bei einer Unklarheit über den Umfang und das Objekt einer Verweisung nicht um die Erkenntnis des Inhalts einer gesetzlich bestimmten Generalklausel handelt, sondern im Grunde um die Bestimmung des Gesetzestextes geht, denn nur wenn das Verweisungsobjekt bekannt ist, kann an die Auslegung der Gesetzesanordnung herangetreten werden. Dennoch ist gerade die unklare Generalverweisung mit den unbestimmten Generalklauseln vergleichbar: Formal erscheint die Anordnung geschlossen,⁵⁷⁾ inhaltlich dagegen bedarf sie der Ausfüllung. Ist der Inhalt der Verweisung mittels Auslegung erkennbar, dann erfüllt sie im wesentlichen die hinsichtlich ihrer Bestimmtheit gestellten Anforderungen der Verfassung. Ist die Bestimmung des Verweisungsobjektes Ergebnis eines durchführbaren Erkenntnisprozesses an Hand des Gesetzes, dann ist die Auswahl nicht der mehr oder minder willkürlichen Entscheidung des Richters überlassen und so bei Kenntnis der richtigen Entscheidungskriterien vorhersehbar.

Eine solche systematische Bindung an das Gesetz wird erreicht durch die Heranziehung der Prinzipien der Analogie. Bleibt auch die Anwendung des § 173 VwGO ihrem Wesen nach Auslegung, so wird sie doch durch die Merkmale des Analogieschlusses im Bereich der Rechtsfindung *praeter legem* geprägt.⁵⁸⁾ Grundlage des Analogieschlusses ist die Verbindung gleichartiger Tatbestände durch einen analogen Obersatz.⁵⁹⁾ Entscheidend sind die Vergleichbarkeit und so die Rechtsähnlichkeit des regelungsbedürftigen und des geregelten Tatbestandes. Schon in der Forderung nach dem Fehlen grundsätzlicher Unterschiede zwischen den Verfahrensarten kommt in § 173 VwGO der Gedanke der Rechtsähnlichkeit zum Ausdruck. Vergleichbar und mithin entsprechend anwendbar sind nur rechtsähnliche Vorschriften. Daraus kann als Kriterium für die Auswahl der Vorschriften der ZPO die Rechtsähnlichkeit gewonnen werden. Sind somit zwei Regelungen der ZPO grundsätzlich entsprechender Anwendung zugänglich, die für vergleichbare Tatbestände verschiedene Regelungen enthalten, so ist die besser vergleichbare, die dem verwaltungsprozessualen Verfahren rechtsähnlichere Norm vorzuziehen.

Für das Beispiel der Anwendbarkeit der §§ 239 und 628 ZPO ergibt sich daraus, daß § 628 ZPO mit der Situation im Verwaltungsprozeß besser vergleichbar ist, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter in Streit stehen, § 239 ZPO dagegen für vermögensrechtliche Streitigkeiten rechtsähnlicher ist.⁶⁰⁾

56) Vgl. BVerfGE 17, 67 (82); BVerfGE 31, 255 (264).

57) Vgl. Karpen S. 116.

58) Vgl. oben S. 15 f.

59) Vgl. Bartholomeyczik S. 83 f.

60) So im Ergebnis die h. M.; vgl. oben S. 54 und 57.

Im Gegensatz zur Auffassung MENGERS⁶¹⁾ können dabei aber nicht einzelne mehr oder minder schwer abgrenzbare Verfahrensarten en bloc miteinander verglichen werden, wobei die rechtsähnlichste die anderen verdrängt, vielmehr muß dabei auf die einzelnen Vorschriften abgestellt werden. Mit der Verweisung des § 173 VwGO soll nicht eine bestimmte Verfahrensart der ZPO in eine Verfahrensart des Verwaltungsprozesses übernommen werden, sondern die Verweisung dient der Lückenfüllung im Einzelfall.

Ein Gesichtspunkt bei dieser Prüfung der Rechtsähnlichkeit im Einzelfall kann allerdings auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Verfahrensart sein. So gilt zwar - wenn auch mit Einschränkungen - im Eheverfahren wie in den Verwaltungsgerichtsverfahren der Untersuchungsgrundsatz, andererseits muß eine Vorschrift, die aus dem Eheverfahren in das Verwaltungsstreitverfahren übernommen werden soll, erst aus ihrer Umgebung, die eben auf das Rechtsinstitut Ehe zugeschnitten ist, herausgelöst werden. Innerhalb der zivilprozessualen Verfahrensarten ist das Eheverfahren ein Sonderfall gegenüber dem normalen Zivilprozeß, Speziellere Vorschriften sind aber für die Bildung eines analogen Obersatzes in Durchführung des Gleichheitsgebots weniger geeignet. Nicht zuletzt im Hinblick auf das Vorstellungsbild des Gesetzgebers, der im Rahmen der Generalverweisung in erster Linie den normalen Zivilprozeß herangezogen hat, wird man deshalb davon ausgehen dürfen, daß im Zweifel die Vorschriften des normalen Zivilprozesses als rechtsähnlicher anzusehen sind. Ihnen ist deshalb der Vorzug zu geben, wenn die Frage nach der Rechtsähnlichkeit im übrigen ohne Ergebnis bleibt, beide Vorschriften also in gleichem Maße mit den verwaltungsprozessualen Regeln vergleichbar und einpassungsfähig sind.

4 Ergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß § 173 VwGO im Bereich der gesamten VwGO gilt und im Grundsatz auf die gesamte ZPO und das gesamte GVG verweist. Eine der Verweisung immanente Beschränkung auf bestimmte Verfahrensarten gibt es nicht. Bei der Prüfung, ob und inwieweit zivilprozessuale Vorschriften über § 173 VwGO heranzuziehen sind, ist auf die einzelnen Vorschriften abzustellen, wobei die konkrete Verfahrensgestaltung weder hinsichtlich der VwGO noch der ZPO oder des GVG außer acht gelassen werden darf.

Unter Beachtung dieser Einschränkung erscheint es angesichts der praktischen Bedeutungslosigkeit des Auswahlproblems auch gerechtfertigt, von dem Zivilprozeß schlechthin zu sprechen und dabei vom normalen Zivilprozeß auszuge-

61) Menger, System, S. 180 ff., 259 ff.

hen, der in aller Regel von der Verweisung getroffen wird. Trotz der berechtig-
ten Vorbehalte kann deshalb auch im folgenden im Anschluß an den herrschen-
den Sprachgebrauch der Zivilprozeß in diesem Sinne mit dem Verwaltungsprozeß
in Beziehung gesetzt werden, wenn die Einzelfallbezogenheit bei den Anwend-
barkeitsprüfungen nicht aus den Augen verloren wird.

II Begrenzung der Verweisung durch Unterschiede grundsätzlicher Art

1 Entsprechende Anwendung - grundsätzliche Unterschiede

Rechtsfolgenanordnung des § 173 VwGO ist, wie bereits hervorgehoben, ¹⁾ die zwingende Anwendung von ZPO und GVG. Liegt eine Verweisungslücke vor, so müssen diese Bestimmungen zur Ausfüllung entsprechend angewandt werden.

Die entsprechende Anwendung ermöglicht die angepaßte und abgeänderte Anwendung des Verweisungsobjekts. ²⁾ Es ist nicht erforderlich, daß die jeweilige Vorschrift der ZPO oder des GVG ganz oder zum Teil wortwörtlich in der VwGO stehen könnte, vielmehr sind Umformungen erlaubt, die ein Einfügen in die verwaltungsprozessualen Regelungen ermöglichen. In Anwendung dieses Prinzips läßt sich § 137 Abs. 3 ZPO, der eine Bezugnahme auf Schriftstücke beim Vortrag der Parteien gestattet, im Verwaltungsprozeß auf den Vortrag des Berichterstatters nach § 103 Abs. 2 VwGO übertragen, weil dieser der Einführung des Streitstoffes durch die Parteien im Zivilprozeß entspricht. ³⁾ Die Anpassung erfolgt hier in der Weise, daß die zu übernehmende Vorschrift der ZPO zwar in ihrem Aussageinhalt gleich bleibt, aber auf das entsprechende Prozeßinstitut der VwGO übertragen wird. Bei dieser Anpassung ist jedoch darauf zu achten, daß die Vorschrift nicht aus ihrem Zusammenhang herausisoliert wird und infolgedessen einen weitergehenden oder abweichenden Bedeutungsinhalt erhält.

Die Problematik wird an folgendem Beispiel deutlich: Aus § 548 Satz 2 ZPO folgt für den Zivilprozeß, daß Entscheidungen auch im Rahmen der revisionsgerichtlichen Überprüfung unangreifbar sein sollen, wenn sie zwar grundsätzlich der Beschwerde unterliegen würden, diese jedoch durch spezielle Vorschriften ⁴⁾ ausgeschlossen wird. ⁵⁾ Ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Rege-

1) Oben S. 4 ff.

2) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 171 (§ 38 III 2); Karpen S. 78. Die Formulierung des § 155 FGO, der eine "sinngemäße" Anwendung der ZPO vorschreibt, trifft den Bedeutungsgehalt insoweit deutlicher. Zur Terminologie: Schefold S. 67 Fußnote 329.

3) Vgl. OVG Hamburg NJW 69, 445.

4) Z. B. § 567 Abs. 3 ZPO.

5) Stein-Jonas-Grunsky § 548 Anm. II; BGH LM Nr. 1 zu § 252 ZPO; BGH LM Nr. 3 zu § 404 ZPO.

lung die Beschwerde gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts schlechthin nicht möglich,⁶⁾ ergibt sich eine Unanfechtbarkeit, die die ZPO in dieser Weise nicht kennt. Es stellt sich dann die Frage, ob § 548 ZPO im Verwaltungsprozeß Anwendung finden kann, so daß diese Entscheidungen auch in der Revision nicht nachprüfbar sind. Das Bundesverwaltungsgericht bekennt sich grundsätzlich zur Übernahme von § 548 ZPO in den Verwaltungsprozeß, geht jedoch davon aus, daß sich dabei die Anfechtbarkeit entsprechender Entscheidungen nach den Regeln der ZPO richtet. Entscheidungen, die nach der ZPO der Anfechtung unterliegen würden, sind somit selbst dann in der verwaltungsgerichtlichen Revisionsinstanz überprüfbar, wenn nach den Regeln des Verwaltungsprozesses grundsätzlich die Anfechtbarkeit ausgeschlossen ist.⁷⁾ Nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts bleibt bei der Anwendung des § 548 ZPO der Bezug zu den Regelungen des Zivilprozesses erhalten. Bei wörtlicher Übernahme des Gesetzestextes müßte dagegen das Verwaltungsprozeßrecht als Bezugsregelung angesehen werden.⁸⁾

Durch die umformende, angepaßte Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften wird eine ungerechtfertigte Gleichsetzung mit den verwaltungsprozessualen Rechtsinstituten vermieden.⁹⁾ Liegt in der entsprechenden Anwendung damit die Chance, Normen der ZPO in das System des Verwaltungsprozesses einzufügen, ohne daß sie als Fremdkörper empfunden werden, so birgt dies andererseits auch die Gefahr, das Gegenteil zu erreichen: Wird die Möglichkeit der Anpassung überspannt, dann wird der Bedeutungsinhalt der anzuwendenden Norm verlassen. Die Möglichkeit einer Anpassung fehlt, wenn die Unterschiede zwischen der Aussage der Vorschrift des Zivilprozesses und dem System des Verwaltungsprozesses zu groß werden. Damit ist die Verbindung zu den grundsätzlichen Unterschieden aufgezeigt, die § 173 VwGO anspricht. Bestehen solche grundsätzlichen Unterschiede, hilft auch eine entsprechende Anwendung nicht weiter. Wo umgekehrt die Anpassung an das verwaltungsprozessuale System möglich ist, kann es

6) Vgl. §§ 339 Abs. 3 LAG und 34 Abs. 3 Satz 2 WehrpflichtG.

7) BVerwG NJW 64, 1870 (1871); bestätigt wurde diese Auffassung durch BVerwG NJW 71, 1668, wenn dort auch das Gericht § 46 Abs. 2 ZPO heranzieht, der über § 54 VwGO Eingang in den Verwaltungsprozeß gefunden hat. Auch diese Verweisung kann jedoch die spezielleren Vorschriften der §§ 339 Abs. 3 LAG oder 34 Abs. 3 Satz 2 WehrpflichtG nicht verdrängen, die die Beschwerde ausschließen, denn §§ 54 VwGO, 46 Abs. 2 ZPO treffen in erster Linie für die Anfechtung der Entscheidung in herkömmlichen Verwaltungsstreitsachen zu.

8) Zur Kritik an der Auffassung des BVerwG vgl. Bach NJW 65, 1263 (1264).

9) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 198 f.

keine grundsätzlichen Unterschiede geben. Zwischen der entsprechenden Anwendung und den grundsätzlichen Unterschieden besteht somit ein antagonistisches Verhältnis.¹⁰⁾ Aufgabe des Rechtsanwenders ist es, im Einzelfall die Grenze zwischen Anpassung und Nichtanwendung wegen grundsätzlicher Unterschiede festzustellen.

2 Das Erfordernis der Grundsätzlichkeit

Bei der Feststellung des Grenzverlaufs zwischen entsprechender Anwendung und grundsätzlichen Unterschieden scheint dem Wort "grundsätzlich" eine nicht unerhebliche Bedeutung zuzukommen. Nicht jeder Unterschied kann der Übernahme einer Vorschrift nach § 173 VwGO im Wege stehen; in Betracht kommen nur Unterschiede grundsätzlicher Natur. Damit, so könnte man meinen, läßt sich aus dem Gesetz selbst ohne Schwierigkeit das entscheidende Kriterium für den Verlauf der Grenzlinie bestimmen. Es stellt sich so die Frage nach dem Bedeutungsgehalt des Wortes "grundsätzlich" im Sinne der Generalverweisung des § 173 VwGO.

2.1 Prozeßgrundsätze

Im Anschluß an die Wortbedeutung liegt es nahe, das Erfordernis der Grundsätzlichkeit als Hinweis auf die herkömmlich unterschiedenen Prozeßgrundsätze wie Dispositions- und Officialmaxime oder Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz zu sehen.¹¹⁾ In der Tat werden in diesen Prozeßgrundsätzen Grundlagen und gedanklicher Aufbau des jeweiligen Verfahrensrechts deutlich, so daß sich daraus möglicherweise unüberbrückbare Gegensätze zwischen den Verfahrensarten ergeben. Andererseits stellt sich die Frage, ob damit nicht nur ein Teilgebiet der Unterschiede erfaßt werden kann.

Wenn § 323 ZPO, wie bereits erwähnt,¹²⁾ nur im Rahmen von Parteistreitigkeiten entsprechende Anwendung finden kann, so hat dies seinen Grund letztlich darin, daß im übrigen grundsätzliche Unterschiede entgegenstehen.

10) Für § 202 SGG weisen auf diesen Zusammenhang zwischen entsprechender Anwendung und dem Bestehen grundsätzlicher Unterschiede Peters-Sautter-Wolff (§ 202 Anm. 6) hin.

11) Vgl. Lücke JUS 61, 41; auf die Bedeutung der Prozeßgrundsätze weist auch Grunsky S. 17 (§ 2) hin.

12) Vgl. oben S. 53 f.

Unterschiede der Prozeßgrundsätze sind dabei aber ohne Bedeutung, vielmehr ergibt sich die Unanwendbarkeit daraus, daß das materielle Verwaltungsrecht den Bürger auf den Weg eines Abänderungsantrags bei der Behörde verweist, also auf die Regelungsmöglichkeit durch den Verwaltungsakt abstellt. Schon dieses Beispiel zeigt, daß Hinderungsgrund für eine entsprechende Anwendung zivilprozessualer Vorschriften auch das materielle Recht sein kann. Grundsätzliche Unterschiede sind somit nicht nur im Bereich der Verfahrensmaximen zu suchen.¹³⁾

2.2 Tiefgehende Unterschiede

Bei näherem Zusehen erweist sich der direkte Hinweis auf die Prozeßgrundsätze im wesentlichen als bloße Wortähnlichkeit. Grundsätzliche Unterschiede können nicht nur da bestehen, wo die Verfahrensgesetze unterschiedlichen Grundlinien folgen. Die Einschränkung durch das Merkmal "grundsätzlich" kann deshalb nicht mehr aussagen, als daß den Unterschieden ein gewisses Gewicht zukommen muß, daß sie grundsätzlicher, d. h. tiefgehender Natur sein müssen. Bleiben die Unterschiede nur oberflächlich, so sind sie durch eine entsprechende Anwendung überbrückbar. Die Einschränkung auf Unterschiede grundsätzlicher Art korrespondiert so mit der Möglichkeit entsprechender Anwendung. Als besonderes Abgrenzungskriterium ist diese Einschränkung wenig geeignet und im Grunde ohne besondere Bedeutung.¹⁴⁾ Sie entspricht dem antagonistischen Verhältnis zwischen entsprechender Anwendung und grundsätzlichen Unterschieden im oben beschriebenen Sinne.¹⁵⁾ Aus der Zulassung einer entsprechenden Anwendung, die eine Abwandlung und Anpassung zivilprozessualer Normen ermöglicht, ergibt sich nämlich, daß nicht jeder oberflächliche Unterschied einer Übernahme entgegenstehen kann.

3 Die Grenzziehung als Wertungsfrage

Die Feststellung, wann im Einzelfall die Unterschiede so tiefgreifend im oben bezeichneten Sinne sind, bleibt damit der Wertung durch den Richter überlassen, der den Grenzverlauf zwischen entsprechender Anwendung und Nichtanwendung wegen grundsätzlicher Unterschiede bestimmen muß. Es wurde bereits

13) Vgl. Menger, System, S. 83.

14) Karpen (S. 79) hält die Einschränkung des § 173 VwGO überhaupt für entbehrlich.

15) Für § 202 SGG vgl. Peters-Sautter-Wolff § 202 Anm. 6.

darauf hingewiesen, ¹⁶⁾ daß insoweit Ansatzpunkte für verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Andererseits muß auch hier davor gewarnt werden, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit einer Norm zu überspannen. Obwohl es bei der Frage der Anwendbarkeit letztlich um die Feststellung des für den Verwaltungsprozeß maßgeblichen Gesetzestextes geht, drängt sich auch hier der Vergleich mit der Bestimmung des Inhalts generalklauselartiger unbestimmter Rechtsbegriffe auf. Je sicherer sich im Rahmen einer Auslegung der Verweisungsinhalt bestimmen läßt, desto geringer sind die Bedenken aus verfassungsrechtlicher Sicht einzustufen. Als Auslegungskriterium für die Wertung des Richters ist hier die Rechtsähnlichkeit direkt angesprochen. Die Entscheidung des Richters ist nicht reiner Willkür überlassen, vielmehr ist sie das Ergebnis eines Erkenntnisprozesses, ¹⁷⁾ einer durchführbaren Auslegung.

Aufgabe der Rechtsprechung und der Literatur ist es, durch Darstellung des Systems grundsätzlicher Unterschiede zur Sicherheit und damit Voraussehbarkeit der richterlichen Entscheidung beizutragen. Trotz der angedeuteten Bedenken kann deshalb die Feststellung, ob grundsätzliche Unterschiede eine Übernahme nach § 173 VwGO hindern, der Wertung des Richters überlassen bleiben.

16) Vgl. oben S. 37 ff.

17) Insofern besteht schon von vornherein ein entscheidender Unterschied zu der Auswahlmöglichkeit des Richters aus verschiedenen Vorschriften der ZPO.

III Die einzelnen grundsätzlichen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten im System der Generalverweisung des § 173 VwGO

Zur Prüfung grundsätzlicher Unterschiede kommt es nur, wenn für eine Anwendung von Vorschriften der ZPO nach § 173 VwGO die Voraussetzungen vorliegen, insbesondere wenn eine Regelung vermißt wird. Der Rechtsanwender sucht also eine bestimmte Vorschrift, von der er ein bestimmtes Vorstellungsbild hat, so daß die Anwendung der ZPO und des GVG nur für den Einzelfall einer bestimmten Verfahrensgestaltung praktisch wird. Eine bloß abstrakte Gegenüberstellung der unterschiedlichen Regelungen in VwGO und ZPO bleibt ohne Sinn, wenn Ausgangspunkt und Ziel dieser Überlegungen, nämlich die Anwendung des § 173 VwGO, keine Beachtung finden.

Andererseits läßt sich die Rechtsähnlichkeit einer Vorschrift der ZPO oder des GVG mit dem verwaltungsprozessualen System nicht unter Isolierung auf den Einzelfall betrachten. Eine entsprechend anzuwendende Vorschrift der ZPO muß aus ihrer Einbettung in das Normengefüge der ZPO herausgelöst und in das Normengefüge der VwGO transponiert werden. Zur Beurteilung der Einpassungsmöglichkeit in den Verwaltungsprozeß muß deshalb das Gesamtrechtssystem beider Verfahrensarten bekannt sein. Zur systematischen Erschließung der einzelnen grundsätzlichen Unterschiede erscheint es so dienlich, als Ausgangspunkt die ZPO zu wählen und die einzelnen Vorschriften der ZPO auf ihre Anwendbarkeit im Verwaltungsprozeß zu untersuchen. Wenn dieser, der Fragestellung des Rechtsanwenders gegenüber umgekehrte Weg gewählt wird, dürfen jedoch die Voraussetzungen der Verweisungslücke nicht außer acht gelassen werden. Rechtscharakter und Tragweite der Verweisung werden insbesondere dann nicht richtig eingeordnet, wenn das Merkmal Planwidrigkeit bei dieser Betrachtung keine Berücksichtigung findet.

1 Beispiele

A

§ 78 a ZPO ermöglicht es einer Partei, sich einen Rechtsanwalt beordnen zu lassen, wenn sie keinen zur Übernahme bereiten Anwalt findet. Gemäß § 78 a Abs. 1 Satz 2 ZPO entscheidet das Prozeßgericht ohne mündliche Verhandlung. Gegen den Beschluß des Gerichts läßt § 78 a Abs. 2 ZPO die Beschwerde zu. Die Beordnung eines Rechtsanwalts kommt nur dann in Betracht, wenn sich die Partei anwaltschaftlich vertreten lassen muß (§ 78 a Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dies ist im Verwaltungsprozeß nur im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht der

Fall, § 78 a ZPO kann deshalb im Verwaltungsprozeß nur für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gemäß § 173 VwGO entsprechend angewandt werden.¹⁾ Eine Beschwerde gegen die Entscheidung dieses Gerichts kann es nicht geben. § 78 a Abs. 2 ZPO ist deshalb im Verwaltungsprozeß unanwendbar.²⁾

B

§ 519 Abs. 1 ZPO zwingt den Berufungskläger dazu, seine Berufung zu begründen. Neue Tatsachen, Beweismittel oder Beweiseinreden sind bereits in die Berufungsbegründungsschrift aufzunehmen (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO). Unterläßt dies der Berufungskläger, besteht die Möglichkeit, daß das Gericht die neuen Tatsachen und Beweismittel oder Beweiseinreden nicht zuläßt (§ 529 Abs. 3 i. V. m. § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO).³⁾ Die VwGO kennt demgegenüber keinen Berufungsbegründungszwang, wie aus der Formulierung des § 124 Abs. 3 VwGO gefolgert werden muß, der nur davon spricht, daß die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden sollen.⁴⁾ Damit fehlt aber auch die Grundlage für eine entsprechende Anwendung des § 529 Abs. 3 ZPO über § 173 VwGO, denn das Fehlen der nicht obligatorischen Berufungsbegründung kann nicht andererseits mit Nachteilen verbunden werden. § 529 Abs. 3 ZPO ist deshalb im Verwaltungsprozeß nicht anwendbar.⁵⁾

C

Gesteht im Rahmen eines (normalen) Zivilprozesses eine Partei vom Gegner behauptete Tatsachen zu, so bedürfen diese nach § 288 Abs. 1 ZPO keines Beweises mehr und sind vom Richter als wahr zu unterstellen.⁶⁾ Ihr Geständnis bindet die Partei, es ist nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufbar. Eine solche Regelung ist mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht ver-

-
- 1) BVerwG NJW 64, 1043; BVerwG MDR 67, 150; Baumbach-Lauterbach § 78 a Anm. 5.
 - 2) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 78 a Anm. 5.
 - 3) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 745 f. (§ 138 II 2); Thomas-Putzo § 529 Anm. 3d.
 - 4) Vgl. Klinger § 124 Anm. 4; Koehler § 124 Anm. V 6; Baumbach-Lauterbach § 529 Anm. 6; ebenso OVG Lüneburg OVG 7, 383 (386) für das frühere Recht.
 - 5) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 529 Anm. 6. Eine entsprechende Anwendung wäre überdies im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz bedenklich; vgl. dazu Ule, Lehrbuch, S. 101 (§ 27 II) und S. 178 (§ 41 III).
 - 6) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 603 (§ 117 I 1 e); Thomas-Putzo § 288 Anm. 3a.

einbar, Dem trägt schon die ZPO Rechnung, denn in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz wird die Wirkung eines gerichtlichen Geständnisses beschränkt, ⁷⁾ Für eine entsprechende Anwendung des § 288 ZPO im Verwaltungsprozeß, für den nach § 86 Abs. 1 VwGO der Untersuchungsgrundsatz gilt, ist deshalb kein Raum, ⁸⁾

D

Kennt die VwGO das Geständnis im Sinne des § 288 ZPO nicht, dann stoßen auch alle anderen Vorschriften der ZPO für den Verwaltungsprozeß ins Leere, die auf der Zulässigkeit eines Geständnisses aufbauen. Eine entsprechende Anwendung des § 532 ZPO z. B. scheitert daran, daß ein Geständnis schon im ersten Rechtszug ohne die spezifische Bedeutung der §§ 28 ff. ZPO bleibt und somit diese Wirksamkeit nicht in der Berufungsinstanz beibehalten kann. ⁹⁾

Die obigen Beispiele zeigen bereits die Verschiedenartigkeit der Hinderungsgründe, die einer entsprechenden Anwendung entgegenstehen können. Bleiben diese in den Beispielen A und B vergleichsweise vordergründig, so ist die Nichtanwendung im Beispiel C auf einen übergreifenden Grundsatz des Verwaltungsprozeßrechts zurückzuführen. Beide Hinderungsgründe verbinden sich im letzten Beispiel (D): Weil ein übergreifender Grundsatz die Übernahme des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ausschließt, paßt eine Vorschrift der ZPO nicht in den Verwaltungsprozeß.

2 Unterschiede ohne übergreifende Bedeutung

Bei Betrachtung der obigen Beispiele A und B zeigt sich, daß die Gründe, die einer Übernahme im Wege stehen, sich nur schwer daraus ableiten lassen, daß der Verwaltungsprozeß anderen Grundsätzen folgt; vielmehr beruhen sie

7) Vgl. §§ 617, 640 Abs. 1 ZPO.

8) H. M.; vgl. BVerwG JZ 72, 119 (120); BVerwGE 4, 312 (315); Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 4; Redeker-von Oertzen § 86 Rdn. 6; Schunck-De Clerck § 86 Anm. 1 b cc; abweichend jedoch Grunsky S. 188 (§ 20 I), der § 288 ZPO entsprechend anwenden will, wenn die Partei nach materiellem Recht über das streitbefangene Recht verfügen kann. Damit entfernt sich Grunsky jedoch vom geltenden Recht, das unabhängig von dieser Voraussetzung für alle Verwaltungsstreitverfahren die Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen vorschreibt.

9) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 532 Anm. 2.

auf Besonderheiten ohne allzu großes Gewicht.¹⁰⁾ Die Unterschiede sind zwar tiefgreifend im oben beschriebenen Sinne und hindern deshalb eine Übertragung der Vorschriften in den Verwaltungsprozeß, sie sind aber nur für einen eng begrenzten Bereich von Bedeutung und beruhen nicht auf übergreifenden Grundlinien, auf denen Verwaltungs- oder Zivilprozeß aufbauen und sind so lediglich vordergründiger Natur.

Dieses "vordergründige Nichtpassen" beruht oftmals auf der unmittelbaren Ausstrahlung einer abweichenden Regelung durch geschriebenes Recht. So bleibt die Vorschrift des § 133 Abs. 2 ZPO für den Verwaltungsprozeß gegenstandslos, weil Schriftsätze gemäß § 86 Abs. 4 Satz 3 VwGO stets von Amts wegen zuzustellen sind und auch stets bei Gericht eingereicht werden müssen (§ 86 Abs. 4 Satz 1 VwGO).¹¹⁾ Eine Zustellung der Schriftsätze von Anwalt zu Anwalt, wie sie nach § 198 ZPO möglich ist, kennt die VwGO nicht, die Grundlage für eine Übernahme des § 133 Abs. 1 ZPO entfällt.

Vergleichbar damit ist der Fall, daß die Übernahme einer zivilprozessualen Vorschrift daran scheitert, daß das zugrunde liegende Rechtsinstitut im Verwaltungsprozeß fehlt. Für eine Anwendung des § 532 ZPO¹²⁾ bleibt kein Raum, weil ein Geständnis im Sinne der §§ 288 ff. ZPO im Verwaltungsprozeß nicht möglich ist.

Es liegt auf der Hand, die Fälle des "vordergründigen Nichtpassens" in Zusammenhang mit den Elementen der Verweisungslücke, der Planwidrigkeit des Fehlens vergleichbarer Regelungen, zu bringen. Beruht die Unanwendbarkeit auf der Ausstrahlung des geschriebenen Rechts, dann läßt sich dieser Hintergrund auch schon dem Merkmal "Fehlen einer abweichenden Regelung" zuordnen, wenn auch andererseits nicht gesagt werden kann, daß direkt eine solche abweichende Vorschrift für den vergleichbaren Sachverhalt im Verwaltungsprozeß besteht. Noch deutlicher ist der Zusammenhang mit dem Merkmal Planwidrigkeit. Fehlt ein entsprechendes Rechtsinstitut im Verwaltungsprozeß, dann besteht kein Anlaß, eine auf dieses Rechtsinstitut zugeschnittene und sie regelnde Vorschrift für den Verwaltungsprozeß zu suchen. Auch für die angeführten Beispiele könnte man die Unanwendbarkeit aus dem Erfordernis der

10) Menger, System, S. 262. Peters-Sautter-Wolff (§ 202 Anm. 6) unterscheiden für § 202 SGG zwischen Unterschieden schlechthin und Unterschieden von "besonderer Bedeutung". Nur letztere sollen der Gruppe "grundsätzliche Unterschiede" unterfallen, erstere dagegen von der entsprechenden Anwendung erfaßt werden.

11) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 133 Anm. 3.

12) Beispiel D.

Planwidrigkeit ableiten: Kennt die VwGO keine Zustellung von Schriftsätzen von Anwalt zu Anwalt, dann wird eine dem § 133 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung nicht vermißt werden. Das Fehlen einer dem § 532 ZPO entsprechenden Vorschrift ist ebensowenig planwidrig, weil sich die Frage nach der Fortdauer der Geständniswirkung in der Berufungsinstanz nicht stellen kann, wenn ein solches Geständnis überhaupt nicht zulässig ist.

Damit ergeben sich Zweifel, ob die Fälle des "vordergründigen Nichtpassens" überhaupt den grundsätzlichen Unterschieden zugerechnet werden können oder ob diese Gruppe nicht im Hinblick auf die Voraussetzungen einer Verweislücke entbehrlich erscheint. In der Tat zeigt sich die durch das Merkmal Planwidrigkeit erreichte Begrenzung in diesem Bereich mit besonderer Deutlichkeit. Andererseits läßt sich nicht in allen Fällen dieser Art so ohne Schwierigkeiten nachweisen, daß das Fehlen einer entsprechenden Regelung nicht planwidrig ist. Dies gilt etwa bei folgendem Beispiel:

§ 261 ZPO beschränkt die Freiheit des Gerichtsvorsitzenden bei der Terminbestimmung im Interesse einer Beschleunigung des Verfahrens.¹³⁾ Auch im Verwaltungsprozeß besteht ein Interesse an einer möglichst raschen Abwicklung des Verfahrens¹⁴⁾ gerade dann, wenn der Bürger gegenüber staatlichen Eingriffen Rechtsschutz begehrt. Dem hat die VwGO auch Rechnung getragen.¹⁵⁾ Es liegt also durchaus auf der Linie der VwGO selbst, daß es möglichst schnell zur mündlichen Verhandlung kommt, in der der Rechtsstreit nach Möglichkeit erledigt werden soll. Die VwGO selbst enthält keine Regelung, die dem Gerichtsvorsitzenden eine Terminsbestimmung für einen nahen Zeitpunkt anträgt. Eine entsprechende Anwendung des § 261 ZPO scheitert aber daran,¹⁶⁾ daß die korrespondierende Vorschrift des § 262 ZPO nicht übertragbar ist, der Verwaltungsprozeß also eine Einlassungsfrist nicht kennt.¹⁷⁾ Dieses mehr formale Argument läßt sich allerdings einer entsprechenden Anwendung auf die Ladungsfrist nicht entgegenhalten, wobei dann der Termin zur mündlichen Verhandlung nur soweit

13) Vgl. dazu Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 261 Anm. II 1 und 2. Daß dieses Ziel gründlich verfehlt worden ist, weil der so bestimmte Termin regelmäßig nur dazu dient, einen anderen festzulegen (Durchlauftermin), ist eine andere Frage; dazu vgl. Lauterbach JZ 67, 137 (138).

14) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 101 (§ 27 II).

15) Vgl. etwa § 87 VwGO.

16) Vgl. Baumbach-Lauterbach § 261 Anm. 2.

17) Dies folgt schon daraus, daß die Einlassungsfrist des § 261 Abs. 1 ZPO zeitlich mit der Ladungsfrist des § 102 Abs. 1 VwGO übereinstimmt; vgl. Redeker-von Oertzen § 102 Rdn. 11; Baumbach-Lauterbach § 262 Anm. 3; Schunck-De Clerck § 102 Anm. 3c, abweichend jedoch in der 1. Auflage.

hinausgeschoben werden dürfte, als es zur Wahrung der Ladungsfrist erforderlich ist. Dagegen muß jedoch eingewandt werden, daß sich § 261 ZPO bei Übernahme in den Verwaltungsprozeß nur schwer mit den §§ 85 Satz 2, 87 Satz 2 und 96 VwGO in Einklang bringen läßt.¹⁸⁾

Wäre schon die Zeit für die Klagebeantwortung im Sinne des § 85 Satz 2 VwGO recht kurz bemessen, wenn zugleich mit der Klage auch die Ladung zum Termin zugestellt werden muß - was ja gerade die Folge einer entsprechenden Anwendung des § 261 ZPO wäre -, so läßt sich die zusätzliche Abhaltung einer vorhergehenden Beweiserhebung nach § 96 Abs. 2 VwGO oder eines Güdetermins im Sinne des § 87 Satz 2 VwGO zeitlich kaum innerhalb einer Frist von 2 Wochen bewerkstelligen. Der Fortgang des Prozesses ist insoweit im Verwaltungsstreitverfahren anders aufgebaut.

Führen hier die Voraussetzungselemente der Verweisungslücke nicht schon zum Ergebnis der Unanwendbarkeit, so kann dies andererseits auch nicht mit der Geltung unterschiedlicher übergreifender Grundlinien begründet werden. Das Nichtpassen beruht vielmehr lediglich auf der begrenzten Ausstrahlung einer abweichenden Regelung des Prozeßverlaufs zwischen Einreichung der Klageschrift und mündlicher Verhandlung.

3 Grundlinien des geschriebenen Rechts

Von diesen Hinderungsgründen, die mehr oder weniger vordergründig bleiben, sind jene zu unterscheiden, die sich aus abweichenden Grundlinien des Verfahrens ergeben. In diesem Fall wird die Übernahme einer Vorschrift der ZPO nicht dadurch gehindert, daß sie sich mit einzelnen Normen der VwGO nicht in Einklang bringen läßt, sondern sie kollidiert mit Grundlinien des Verwaltungsprozesses, nach denen die Normen der VwGO ausgerichtet sind. Der Ausrichtung der Normen der VwGO an solchen Grundlinien entspricht es, daß diese wiederum regelmäßig aus den Normen selbst zu erschließen sind. Andererseits ist es jedenfalls theoretisch denkbar, daß Vorschriften der ZPO weder direkt einer Regelung der VwGO widersprechen noch mit dem unmittelbaren Ausstrahlungsbereich kollidieren, obgleich sie mit den Grundlinien des Verwaltungsprozesses nicht zu vereinbaren sind. Mag man diesen Bereich auch als den eigentlichen Ansatzpunkt für die vom Gesetz genannten grundsätzlichen Unterschiede sehen, so führt andererseits kein Weg daran vorbei, daß auch andere Unterschiede so tiefgehend sein können, daß sie unüberbrückbar werden,

¹⁸⁾ Vgl. Baumbach-Lauterbach § 261 Anm. 2.

so daß die in Frage stehenden Normen der ZPO auch einer angepaßten Übertragung nicht zugänglich sind, 19)

3.1 Freiheit des Gesetzgebers für die Ausformung der Grundlinien

Wie bei der Bestimmung gesetzlicher Entscheidung schlechthin, ist der Gesetzgeber auch bei der Festlegung dieser Grundlinien grundsätzlich frei, 20) Soll aber der Charakter einer Grundentscheidung erhalten bleiben - und nur dann kann sich eine Kollision im oben genannten Sinne ergeben -, dann muß der Gesetzgeber die von ihm zu treffenden Einzelregelungen diesem Prinzip unterordnen. Bei der Festlegung von Grundlinien handelt es sich notwendig um logisch vorrangige Entscheidungen, die der Gesetzgeber selbst beachten muß, wenn er sie nicht selbst wiederaufheben oder gegen das der Einheit der Rechtsordnung entsprechende Prinzip der Widerspruchsfreiheit verstoßen will, 21). Zwar erscheint es gesetzestechisch möglich, durch Einzelvorschriften von dem entsprechenden Grundsatz abzuweichen; wird aber die Ausnahme zur Regel, dann verliert selbst bei positiv-rechtlicher Festlegung des Grundsatzes dieser seine Rechtsqualität und damit auch seine Tauglichkeit als Wertungsmaßstab für die Einpassungsmöglichkeit entsprechend anzuwendender Vorschriften. In diesem Sinne erscheint es deshalb zweifelhaft, wenn der Parteibetrieb als ein im normalen Zivilprozeß geltender Grundsatz bezeichnet wird, denn in der ZPO gilt der Parteibetrieb nur noch in begrenztem Rahmen, 22)

Dieser grundsätzlichen Freiheit des Gesetzgebers stehen andererseits die Bindungen gegenüber, die auch bei der Ausgestaltung der Grundlinien des jeweiligen Verfahrensrechts beachtet werden müssen. Ebenso wie sich die Einzelnormen an festgelegten Grundzügen orientieren müssen, besteht auf der anderen Seite

19) Es liegt auf der Hand, daß hier ein weites Feld für unterschiedliche Definitionen und Einordnungen besteht, doch wird sich zeigen, daß den Unterscheidungen im Ergebnis allenfalls eine zweitrangige Bedeutung zukommt.

20) Vgl. BVerfGE 4, 7 (15); BVerfGE 17, 1 (23); vgl. dazu ferner Schulze-Eickenbusch S. 21 ff., der die Freiheit des Gesetzgebers insbesondere im Verhältnis zur Verfassung untersucht.

21) Widersprechende Normen heben sich gegenseitig auf, wenn sich nicht durch Auslegung, insbesondere nach den Regeln über die *lex specialis* oder die *lex posterior* ein Vorrang ermitteln läßt. Vgl. Canaris, Lücke, S. 65; Engisch, Einführung, S. 159.

22) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 101 (§ 27 I).

eine Abhängigkeit von anderen, übergeordneten Wertentscheidungen und Rechtsgrundsätzen.²³⁾ Die vom Gesetzgeber bestimmten Grundlinien sind dann in der Tat "weniger Produkt seiner Willensentscheidung als seiner Rechtserkenntnis",²⁴⁾

Ein wesentliches Element, das der Gesetzgeber bei Bestimmung der gesetzlichen Grundzüge ebenso wie bei der Gesetzgebung im einzelnen beachten muß, ist naturgemäß die Bindung an die Verfassung.²⁵⁾ Sie ergibt sich zunächst dort, wo das Grundgesetz das Verfahrensrecht direkt anspricht, wie etwa in Art. 103 Abs. 1 GG,²⁶⁾ darüber hinaus aber auch aus anderen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen.²⁷⁾ Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsprinzip sind verfassungsrechtliche Grundsätze, die auch und gerade im Verfahrensrecht Beachtung finden müssen. Wenn Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht bestimmt, so muß sich auch das Verfahrensrecht dieser verfassungsrechtlichen Forderung anpassen.²⁸⁾

Ergibt sich aus dem Verfassungsrang der Grundsätze und Bestimmungen des Grundgesetzes eine Vorrangstellung gegenüber den Grundzügen des Verfahrensrechts, so kann ein ähnliches Rangverhältnis auch zwischen den Grundentscheidungen untereinander bestehen. Damit ist die Bindung der Verfahrensgrundsätze an die Zielvorstellung der jeweiligen Prozeßart angesprochen. Einzelregelungen wie Grundzüge der Verfahrensordnungen müssen sich mit dem Prozeßzweck in Einklang bringen lassen. Ziel und Zweck des Gesetzes werden verfehlt, wenn sich der Gesetzgeber selbst nicht daran hält und die einzelnen Bestimmungen darauf ausrichtet. An dem erkannten Prozeßzweck kann und muß sich die Auslegung des Gesetzes orientieren, denn die *ratio legis* des gesamten Gesetzes

23) Auf den vieldeutigen Gebrauch dieses Begriffes kann und braucht hier nicht eingegangen zu werden.

24) Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 429 im Anschluß an Liver, Rechtsquelle, S. 34 und ders., Wille des Gesetzgebers, S. 6 f. Wenn Liver meint, man könne die Hälfte aller gesetzlichen Bestimmungen streichen, ohne daß eine Änderung des Rechtszustandes eintritt, weil sie lediglich allgemeine Rechtsgrundsätze formulieren, so wird die Tragweite dieser Grundsätze allerdings überschätzt.

25) BVerfGE 6, 257 (265). Vgl. dazu im einzelnen Haverkämper S. 32 ff.

26) Vgl. Ule DVBl 59, 541.

27) Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 52.

28) Vgl. Lang VerwArch 61, 76 ff., der besonders die Auswirkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit auf das Verfahrensrecht untersucht; Haverkämper S. 34 ff.

darf durch sie nicht verfälscht werden.²⁹⁾

In engem Zusammenhang dazu³⁰⁾ ist schließlich die Bindung an bestehende Gesetze zu beachten. Diese Abhängigkeit beschränkt sich nicht nur darauf, daß Formulierungen und Begriffe aufeinander abgestimmt werden müssen.³¹⁾ Vielmehr ist auch erforderlich, daß die Grundaussagen und Wertungen miteinander vereinbar sind. Das Prozeßrecht kann hierfür geradezu als Musterbeispiel angesehen werden. Seine dienende Funktion bringt es in besondere Abhängigkeit vom materiellen Recht. Das Prozeßrecht regelt nur, auf welche Weise materielles Recht ausgeübt³²⁾ und durchgesetzt werden kann³³⁾ und erhält so in der Tat erst seinen Sinn aus dem materiellen Recht.³⁴⁾ Dementsprechend muß das Verfahrensrecht dem materiellen Recht angepaßt sein und das Instrumentarium zur Durchsetzung gerade der Rechte bieten, die das sachliche Recht einräumt.³⁵⁾ Wenn etwa das (materielle) Privatrecht von der Vertragsfreiheit und dem Privateigentum ausgeht, dann kann das Prozeßrecht nicht so tun, als gebe es beides nicht.³⁶⁾

3.2 Aktualisierung der Bindungen im Bereich der Generalverweisung des § 173 VwGO

Die beschriebenen Bindungen des Gesetzgebers entfalten auf die Rechtsanwendung in der Regel nur einen mittelbaren Einfluß. Durch die Ausgestaltung der einzelnen Regelungen trägt ihnen der Gesetzgeber Rechnung. Die eigentliche Bedeutung dieser Zusammenhänge liegt deshalb im Bereich der Auslegung, die sich ebenfalls an die Leitlinien halten muß, die schon für die gesetzliche Formulierung maßgeblich waren. Die beschriebenen Abhängigkeiten aktualisieren sich im Bereich der Generalverweisung des § 173 VwGO in besonderem Maße. Schon für die Feststellung des Verweisungsobjekts muß bei der Auslegung auf die Rechtsähnlichkeit abgestellt werden, wobei den genannten Gesichtspunkten Bedeutung zukommt. Noch stärker müssen diese aber bei der Prüfung grundsätzli-

29) Vgl. Grunsky S. 1 (§ 1 I); Henckel S. 41 ff.

30) Henckel S. 63.

31) Ossenbühl DVB1 67, 401 (403).

32) Henckel S. 61.

33) Renck IUS 66, 273 (275).

34) Grunsky S. 15 (§ 1 V).

35) Henckel S. 63 f.; ähnlich auch von Turegg, Generalklausel, S. 69.

36) Ule DVB1 54, 137 (139).

cher Unterschiede Beachtung finden.³⁷⁾ Grundlinien und Wertentscheidungen, die schon der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts beachten muß, sind erst recht dann zu berücksichtigen, wenn im Rahmen des § 173 VwGO geprüft wird, ob die Vorschriften der ZPO oder des GVG in den Verwaltungsprozeß passen. Eine Übernahme kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn sie einer der beschriebenen Bindungen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens widerspricht.

Voraussetzung ist dafür andererseits, daß für ZPO und VwGO unterschiedliche Abhängigkeiten bestehen, denn nur dann können daraus auch grundsätzliche Unterschiede zwischen den Verfahrensarten erwachsen. So stark die durch das Verfassungsrecht erzeugten Bindungen auch sein mögen, für die Bestimmung unterschiedlicher Grundzüge zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß sind sie nur wenig geeignet. Das Verfassungsrecht gilt für beide Verfahrensgesetze in gleichem Maße.³⁸⁾ Unterschiedliche Auswirkungen können sich allenfalls dort ergeben, wo das materielle Recht auf das Verfahren einwirkt.

Nach den bisherigen Ergebnissen kann deshalb zusammenfassend davon ausgegangen werden, daß eine Übernahme von Vorschriften der ZPO oder des GVG ausscheidet, wenn sie

frei bestimmten Grundsätzen des Verwaltungsprozesses widersprechen,
dem Zweck des Verwaltungsprozesses zuwiderlaufen oder
sich aus der Verflechtung mit dem materiellen Recht Gegensätze ergeben.

4 Einfluß des materiellen Rechts

Wie oben³⁹⁾ bereits gezeigt, beeinflusst das materielle Recht die jeweilige Verfahrensart in nicht unerheblichem Maße.⁴⁰⁾ Dies gilt gerade auch

37) Vgl. Haverkämper S. 28.

38) Vgl. Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 447, der gerade die auf verfassungsrechtlichen Erwägungen beruhenden Vorschriften für eine Zusammenfassung zu einer allgemeinen Prozeßrechtslehre heranziehen will.

39) S. 80.

40) Zu Recht weist Grunsky (ZZP 72, 373 (387)) darauf hin, daß für ein Verständnis des Verwaltungsprozeßrechts auch die Grundzüge des Verwaltung- und des Privatrechts bekannt sein müssen.

beim Vergleich von Zivil- und Verwaltungsprozeß. Schon in der Ausgangsstellung beider Verfahrensarten ergeben sich Verschiedenheiten. Stehen sich im Zivilprozeß zwei grundsätzlich gleichgeordnete Bürger gegenüber, so kann eine vor dem Verwaltungsgericht auszutragende öffentlich - rechtliche Streitigkeit ⁴¹⁾ nur vorliegen, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt beteiligt ist und Rechtssätze zugrunde liegen, die notwendig nur einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, ⁴²⁾ Wenn sich auch teilweise Bürger und Staat bzw. ein anderer Träger öffentlicher Gewalt im Prozeß gleichgeordnet gegenüberstehen, so liegt doch materiell - rechtlich in der Regel ein Über-Unterordnungsverhältnis vor. Der Staat tritt dem Bürger als Hoheitsgewalt gegenüber, die ein bestimmtes Verhalten von ihm durch Verwaltungsakt fordern kann. Sie muß nicht erst einen Titel erstreiten. Der Bürger ist in die Defensive gedrängt, er muß sich gegen staatliches Verlangen zur Wehr setzen und einen gegen ihn ergangenen Verwaltungsakt anfechten, bevor eine gerichtliche Prüfung in Gang kommt. Diese Regelung führt in der Tat zu einer Waffenungleichheit im Prozeß, ⁴³⁾ Diesem Rechtsvorteil der hoheitliche Gewalt ausübenden Organe entspricht auf der anderen Seite deren Bindung an das Gesetz. Belastende Verwaltungsakte bedürfen gesetzlicher Ermächtigung; die Verwaltungstätigkeit ist nur im Rahmen gesetzlich festgelegter Grenzen möglich. Staatliche Entscheidungen müssen sich am öffentlichen Interesse, am Gemeinwohl orientieren, was sich nicht zuletzt an der allgemeinen Begrenzung des Ermessensspielraums zeigt. ⁴⁴⁾ Zivilrechtlicher Vertragsfreiheit steht so diese Bindung der Verwaltung gegenüber.

Diese Strukturen des Verwaltungsrechts beeinflussen nicht nur die materiell - rechtliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts, sie wirken vielmehr unmittelbar auf das Prozeßrecht selbst ein. Dem Bürger, der sich gegen eine Hoheitsmaßnahme wendet, muß eine der materiellen Rechtslage angepaßte Klageart angeboten werden und so kann die Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte auch als wichtigste Klageart des Verwaltungsprozesses angesehen werden. Zivil- und Verwaltungsprozeß gehen hier von verschiedenen Voraussetzungen aus, die bei der

41) § 40 Abs. 1 VwGO.

42) Ule, Lehrbuch, S. 39 (§ 8 II) im Anschluß an Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 99 (§ 22 II c). Zu den unterschiedlichen Abgrenzungen zwischen öffentlich-rechtlichen und privat-rechtlichen Streitigkeiten braucht hier nicht Stellung genommen zu werden. Zum Streitstand vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 97 ff. (§ 22 II).

43) Vgl. Lüke JUS 61, 41 (43); Neis DÖV 72, 626 (630); Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 434.

44) Neis DÖV 72, 626 (628) leitet daraus ab, daß die Verwaltungsrechtsprechung stets zugleich auch Gemeinwohljudikatur sei.

Prüfung der Übertragbarkeit von zivilprozessualen Vorschriften als grundsätzliche Unterschiede zum Ausdruck kommen, ⁴⁵⁾

Dieser Einfluß des materiellen Rechts auf den Verwaltungsprozeß ist bereits oben ⁴⁶⁾ am Beispiel der entsprechenden Anwendung des § 323 ZPO deutlich geworden. Eine Übernahme dieser Vorschrift kommt dann nicht in Betracht, wenn zur Abänderung der Leistung ein Verwaltungsakt erforderlich ist. Eine direkte Klagemöglichkeit würde das verwaltungsrechtliche Prinzip der Entscheidung durch Verwaltungsakt durchbrechen. § 323 ZPO ist deshalb nur in Streitigkeiten entsprechend anwendbar.

Auch die Gesetzesbindung der Verwaltung beeinflußt die Anwendung des § 173 VwGO, wie am Beispiel des § 307 ZPO gezeigt werden kann. Aus § 156 VwGO läßt sich schließen, daß auch im Verwaltungsprozeß ein Anerkenntnis möglich ist. Es liegt nahe, mit der h. M. § 307 ZPO entsprechend anzuwenden. ⁴⁷⁾ Ablehnende Auffassungen stammen im wesentlichen noch aus der Zeit vor Inkrafttreten der VwGO. ⁴⁸⁾

Auch die Befürworter einer entsprechenden Anwendung messen dem Anerkenntnis nur Bedeutung zu, wenn die anerkennende Partei über den Streitgegenstand verfügen kann. ⁴⁹⁾ In der Tat erscheint eine solche Einschränkung notwendig: Fehlt nach dem materiellen Recht die Möglichkeit, über den Streitgegenstand im gewünschten Sinne zu verfügen, kann diese nicht durch das Prozeßrecht geschaffen werden. In ihrem sachlichen Gehalt stimmt diese Problematik mit der Frage nach der Zulässigkeit eines Prozeßvergleichs im Verwal-

45) Vgl. dazu auch Henke, Subjektives Recht, S. 127.

46) S. 53 f.

47) Eyermann-Fröhler § 107 Rdn. 7; Ule, Lehrbuch, S. 180 (§ 43 I); ders., Kommentar, § 107 Anm. II 1; Redeker-von Oertzen § 107 Rdn. 6; Schunck-De Clerck § 107 Anm. 2 f; Kopp § 107 Anm. 3; Grunsky S. 88 (§ 10 I); Lüke JUS 61, 41 (45 f.); Bitter BayVwBl 58, 41 (45 f.).

48) BVerwGE 4, 312 (315); Lang BayVwBl 58, 172 ff.; OVG Münster OVG 11, 93 (95); Dyroff S. 550; neuerdings VGH Kassel ESVGH 15, 174 unter Berufung auf das Preußische Obergerverwaltungsgericht OVG AS 69, 447 (449) sowie Rupp AöR 85 (1960), 149 (195).

49) Eyermann-Fröhler § 107 Rdn. 7; Grunsky S. 88 (§ 10 I); Ule, Lehrbuch, S. 180 (§ 43 I); ders., Kommentar, § 107 Anm. II 1; Schunck-De Clerck § 86 Anm. 1 b cc; für den insoweit gleichartigen § 101 Abs. 2 SGG ebenso BSGE 16, 61 (63); abweichend dagegen Redeker-von Oertzen § 86 Rdn. 5.

tungsprozeß überein,⁵⁰⁾ die § 106 VwGO ausdrücklich davon abhängig macht, daß die Beteiligten über den Gegenstand der Klage verfügen können,

So einleuchtend dies auf den ersten Blick auch erscheint, bei näherem Zusehen ergeben sich Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Grenzen der Verfügungsbefugnis. Angesprochen ist damit die Zulässigkeit eines Anerkenntnisurteils, wenn dem Begehren des Klägers zwingende Gesetzesvorschriften entgegenstehen. Die zumindest für den gleichgelagerten Fall des Prozeßvergleichs herrschende Meinung geht davon aus, daß festzustellen sei, ob die streitbeteiligte Behörde über den Streitgegenstand verfügen könne, ob die dürfe sei eine andere Frage,⁵¹⁾ Die h. M. stützt sich dabei darauf, daß die Gesetzesbindung nicht zugleich als gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB aufzufassen sei,⁵²⁾ Wenn die Behörde einen entsprechenden rechtswidrigen Verwaltungsakt erlassen könne, ohne daß er nichtig sei, so argumentiert die h. M., dann könne nichts anderes für Vergleich und Anerkenntnis gelten. Nur dann, wenn die beteiligte Behörde keinen entsprechenden, rechtswirksamen Verwaltungsakt erlassen könne, fehle es ihr an der Verfügungsbefugnis im Sinne des § 106 VwGO und damit auch im Bereich der Zulässigkeit eines Anerkenntnisses. Dieser extensiven Auslegung der Verfügungsbefugnis⁵³⁾ wird entgegengehalten, daß sie den Boden der Gesetzesbindung verläßt.⁵⁴⁾ Vergleiche seien allenfalls im Bereich der Ermessensentscheidungen oder als "Tatsachenvergleich" denkbar.⁵⁵⁾

Diese Bedenken sind auch durchschlagend, denn die Bestimmung der Verfügungsbefugnis durch die h. M. hebt die Gesetzesbindung der Verwaltung aus den Angeln. Zu groß wird die Versuchung, unbequeme Gesetzesbindungen auf "kaltem Wege" außer Kraft zu setzen, indem im Prozeß ein entsprechendes Anerkenntnis abgegeben wird. Eine findige Verwaltungsbehörde wird deshalb - etwas

50) Grunsky S. 88 ff. (§ 10 I); Schröder, Prozeßvergleich, S. 148.

51) BVerwGE 17, 87 (94); BSGE 26, 210 f.; Haueisen DVBl 68, 285 (287); Grunsky S. 94 (§ 11 II 2); wohl auch Redeker-von Oertzen § 106 Rdn. 2. Zum Streitgegenstand vgl. Schröder, Prozeßvergleich, S. 46 ff. m. w. N. Regelmäßig wird für das Anerkenntnis auf die jeweiligen Äußerungen für den Vergleich hingewiesen, vgl. Grunsky S. 88 f. (§ 10 I).

52) Vgl. Haueisen DVBl 68, 285 (287) m. w. N.

53) Schröder, Prozeßvergleich, S. 46.

54) OVG Münster VRspr 4, 886; VGH Kassel DÖV 66, 760 f.; Schröder, Prozeßvergleich, S. 62.

55) Vgl. Klinger § 106 Anm. C II 2; Koehler § 106 Anm. II 3; Schunck-De Clerck § 106 Anm. 2 f.; Kopp § 106 Anm. 4; Pappermann DÖV 72, 161 (162 f.); Mellwitz DVBl 62, 601 (602 ff.); Schramm MDR 63, 888 (889 f.); für das sozialgerichtliche Verfahren ferner Finke JR 67, 293 f.

überspitzt gesehen - den Weg zum Verwaltungsgericht suchen, um sich dann mit dem durch das Prozeßrecht erzwungenen Segensspruch des Gerichts souverän über lästige Gesetzesbindungen hinwegsetzen zu können. Der Hinweis auf die entsprechenden Möglichkeiten, die der Verwaltungsbehörde ohnehin zustehen, erscheint verfehlt. Ein verwaltungsgerichtliches Urteil erwächst in Rechtskraft. Hat der Kläger etwa die Verpflichtung zum Erlaß eines Verwaltungsakts erstritten, so geht im praktischen Ergebnis dessen Bestandskraft über die eines "unbestätigten" Verwaltungsakts hinaus. Er kann nicht nach den gleichen Grundsätzen zurückgenommen werden wie ein "normaler" begünstigender Verwaltungsakt.⁵⁶⁾ denn eine daraufhin angestrebte Klage hätte wegen der materiellen Rechtskraft des ersten Urteils ohne weitere Sachprüfung Erfolg. Eine durch die Verfahrensgesetze eingeräumte Dispositionsbefugnis kann die streitbeteiligte Behörde nicht aus ihrer Gesetzesbindung entlassen.⁵⁷⁾ Dies leugnet auch die h. M. nicht, denn die Behörde "darf" kein Anerkenntnis abgeben, wenn dies in Widerspruch zum Gesetz steht. Entscheidende Frage ist jedoch, ob das Gericht seine Hand dazu hergeben darf, wenn sich die beteiligte Verwaltungsbehörde über die Gesetzesbindung hinwegsetzt.

Angesichts der verfassungsrechtlich bestimmten Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), die sowohl die Verwaltung wie auch die Gerichtsbarkeit umfaßt, erscheint es doch recht zweifelhaft, daß das Gericht in diesen Fällen den Gesetzesverstoß unter der Flagge prozessualer Dispositionsfreiheit der Parteien besiegen muß.⁵⁸⁾ Das materielle Recht bietet hier eine andere Ausgangsposition als im Zivilprozeß. Dort stehen sich Parteien gegenüber, die Träger von Rechten und Pflichten sind. Die streitbeteiligte Verwaltungsbehörde ist dagegen nicht in diesem Sinne Träger von Rechten, sondern ausführendes Organ des Staates. Dieser kann angesichts demokratischer Gewaltenteilung nicht

56) Vgl. Redeker-von Oertzen § 121 Rdn. 11; Schunck-De Clerck § 121 Anm. 3 b bb und 3 c cc.

Entgegen der h. M. fordert Haueisen (DVBl 68, 285 (289) die Rücknehmbarkeit eines verwaltungsgerichtlichen Vergleichs nach den Regeln über Verwaltungsakte. Vgl. dazu auch Koehler § 106 Anm. II 7 und für das sozialgerichtliche Verfahren von Zastrow JZ 67, 5 ff. Dann wird in der Tat der Kreis zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wieder geschlossen. Für das Anerkenntnisurteil ist dieser Weg verschlossen, denn auch dieses Urteil erwächst in Rechtskraft.

57) Vgl. Pappermann DÖV 72, 161 (164), zweifelhaft dabei jedoch die Herleitung aus dem Untersuchungsgrundsatz.

58) Nähere Ausführungen zu dieser in ihren Grundlagen sehr weitreichenden Problematik würden den Rahmen dieser Arbeit übersteigen.

als souveräner Herrscher angesehen werden, der über die ihm und damit seinen Organen zugeordneten Rechte und Pflichten nach freiem Belieben verfügt, vielmehr ist die staatliche Entscheidung der Exekutive an die andere Entscheidung der Legislative gebunden. Das Gewaltenteilungsprinzip kann nur bei gegenseitiger Abhängigkeit wirksam sein. Diese Situation gesetzesgebundener Verwaltung ist dem Zivilprozeß fremd.

Allerdings ist auch für den Zivilprozeß anerkannt, daß ein Anerkenntnis wirkungslos bleibt, wenn die Parteien nicht über den Streitgegenstand verfügen können.⁵⁹⁾ Einem Verzicht auf Unterhalt etwa ist durch § 1614 BGB eine Grenze gesetzt und ähnlich kann gemäß § 13 Abs. 1 BUrlG nicht auf den Mindesturlaub verzichtet werden, weil öffentliche Interessen - hier die Vermeidung von Frühinvalidität - von der Parteidisposition berührt werden.⁶⁰⁾

Schon ihrem Wesen nach erscheint diese Einschränkung der Parteidisposition mit der Bindung der Verwaltung an das Gesetz nicht vergleichbar. Darüber hinaus bleibt die Beschränkung für den Zivilprozeß die Ausnahme. Demgegenüber steht die Verfügungsmöglichkeit im Verwaltungsprozeß geradezu im Mittelpunkt bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Anerkenntnisurteils. Es erscheint schon deshalb bedenklich, für diese Verfahrensart von der Regelung des § 307 ZPO auszugehen, die als unmittelbare Folge des Anerkenntnisses das Gericht zum Erlaß eines entsprechenden Urteils zwingt. Die Frage, ob sich aus § 156 VwGO nicht nur die Zulässigkeit eines Anerkenntnisses im Verwaltungsprozeß, sondern auch die Übernahme der Regelung des § 307 ZPO ergibt, wird man deshalb im Hinblick auf den Einfluß des materiellen Rechts auf das Verfahrensrecht verneinen müssen.⁶¹⁾

So wird auch und gerade im Bereich des § 173 VwGO deutlich, daß das Prozeßrecht nur dienenden Charakter hat und deshalb in besonderem Maße dem Einfluß des materiellen Rechts unterliegt. Eine Übernahme von Normen der ZPO oder des GVG kommt nur dann in Betracht, wenn der Verwaltungsprozeß ähnliche Aufgaben erfüllt wie der Zivilprozeß und auch materiellrechtlich vergleichbare Regelungen zugrunde liegen. Das unterschiedliche materielle Recht kann im Einzelfall Abwandlungen im Rahmen entsprechender Anwendung ge-

59) Vgl. RGZ 156, 70 (75); Baumbach-Lauterbach Einf. zu § 306 ff. Anm. 2 C; Lent-Jauernig S. 153 (§ 47 III); Stein-Jonas-Schumann-Leipold § 307 Anm. III 2; Arndt DRiZ 65, 188 (189).

60) Dersch-Neumann § 13 Anm. 77 ff.

61) Damit soll die Möglichkeit eines Anerkenntnisurteils nicht gänzlich geleugnet werden, sondern lediglich die zwingende Gestaltung durch § 307 ZPO verneint werden.

bieten, aber auch zum grundsätzlichen Unterschied werden, der eine Anwendung der zivilprozessualen Normen über § 173 VwGO hindert.

5 Zweck des Verwaltungsprozesses

Ob sich aus dem Zweck und der Zielvorstellung des Verwaltungsprozesses in der oben ⁶²⁾ beschriebenen Weise grundsätzliche Unterschiede im Sinne des § 173 VwGO ergeben, hängt davon ab, ob sie sich von Zweck und Zielvorstellung des Zivilprozesses in wesentlichen Teilen unterscheiden.

Darüber, was als Zweck des Zivilprozesses anzusehen ist, findet sich in der Literatur ein breitgefächertes Meinungsbild. ⁶³⁾

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, daß der Schutz und die Durchsetzung subjektiver Privatrechte zumindest eines der Ziele des Zivilprozesses ist. ⁶⁴⁾ Daneben findet vielfach die Auffassung Zustimmung, daß Zweck des Zivilprozesses die Bewährung des objektiven Rechts sei. ⁶⁵⁾ Meinungsverschie-

62) S. 79 f.

63) Vgl. dazu im einzelnen Grunsky S. 1 ff. (§ 1 I, II); Schmidt S. 9 ff.; Pawlowski ZZP Bd. 80 S. 345 ff.

64) Rosenberg-Schwab S. 2 (§ 1 III); Henckel S. 48 ff.; Grunsky S. 1 ff. (§ 1 II); Lent-Jauernig S. 2 (§ 1 II); Stein-Jonas-Pohle Einleitung I.

65) Vgl. etwa Lent-Jauernig S. 2 (§ 1 II 3); Rosenberg-Schwab S. 2 (§ 1 III 2).

Die mit beiden Zielen eng verbundenen, jedoch teilweise gesondert angeführten Prozeßziele, wie die Konkretisierung des objektiven Rechts auf den in Streit stehenden Sachverhalt, das Finden der materiellen Wahrheit oder - für die Revisionsinstanz - die Sicherung der Rechtseinheitlichkeit und Rechtsfortbildung bedürfen hier keiner gesonderten Abhandlung; Diese Zwecksetzungen finden sich bei jedem gerichtlichen Verfahren, grundsätzlich Unterschiede zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß lassen sich von vornherein hier nicht finden. Das gilt auch, soweit als Prozeßzweck die "richterliche Schlichtung sozialer Konflikte" gesehen wird. Auch im Verwaltungsprozeß geht es in diesem Sinne um die Schlichtung sozialer Konflikte, wenn auch nicht zwischen zwei Bürgern, sondern einem Bürger und einem Träger öffentlicher Gewalt. Über diesen Unterschied aus der Rechtsmaterie hinaus können sich hinsichtlich der schlichtenden Tätigkeit des Gerichts keine weiteren Unterscheidungen ergeben.

denheiten bestehen über das Bedeutungsverhältnis beider Prozeßzwecke. Während die wohl herrschende Meinung den Schutz subjektiver Rechte betont, 66) wird umgekehrt vertreten, der Zivilprozeß diene der Bewährung der objektiven Privatrechtsordnung durch den Rechtsschutz subjektiver Privatrechte 67) oder es wird von einer Gleichordnung ausgegangen. 68)

Auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren dient der Durchsetzung subjektiver Rechte. Damit verbunden ist eine Bewährung der objektiven Rechtsordnung. Mittelbar führt das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu einer Durchsetzung des objektiven Rechts auch im Bereich der Verwaltungstätigkeit: Kann der Bürger sein Recht notfalls mit Hilfe des Gerichts durchsetzen, wird der Verwaltung von vornherein jeder Anreiz genommen, sich über diese Rechte hinwegzusetzen, sie wird sich vielmehr zur Vermeidung einer Verurteilung sogleich am Gesetz orientieren.

Streitig ist, ob darüber hinaus durch die Klage des Bürgers auch oder sogar in erster Linie eine objektive Kontrolle der Verwaltung ausgelöst wird. 69) Dem hält die h. M. entgegen, daß objektive Verwaltungskontrolle durch ein Gericht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht zu vereinbaren sei. Zweck des Verwaltungsprozesses sei der Individualrechtsschutz, die Verwaltungskontrolle allenfalls "Nebenprodukt". 70)

Folgt man der h. M., so steht von vornherein fest, daß sich aus Zweck und Aufgabe des Zivil- und Verwaltungsprozesses für die Frage nach grundsätzlichen Unterschieden im Sinne des § 173 VwGO keine Gesichtspunkte gewinnen lassen. Grundsätzliche Unterschiede können sich auch dann nicht ergeben, wenn man für beide Verfahren davon ausgeht, daß der Schutz subjektiver Rechte der Bewährung der Rechtsordnung dient.

Ein unterschiedlicher Ansatzpunkt für Zivil- und Verwaltungsprozeß ergibt.

66) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 2 (§ 1 II 2); Schönke-Kuchinke S. 3 (§ 1 II); zusammenfassend Grunsky S. 1 ff. (§ 1 II 1), der die übrigen Gesichtspunkte als "Nebenprodukte" bezeichnet.

67) Vgl. Schönke-Schröder-Niese (§ 1 IV) S. 1 ff.

68) Vgl. Gaul AcP 68 S. 27 (46 f.).

69) Niese JZ 52, 353 (355); vgl. auch Meiss (S. 28 ff.) der den klagenden Bürger als Sachwalter der Allgemeinheit bezeichnet und neuerdings Hagen, Prozeßrechtslehre, S. 108; ähnlich Maunz-Dürig-Herzog Art. 19 IV Rd. 7.

70) BVerwGE 30, 28 ff.; Naumann S. 20 ff.; Bettermann DVBl 53, 163 (202); ders., Festschrift Schima S. 73 ff.; Jarosch DÖV 63, 133; Ule DVBl 54, 137 (142); Rupp, Grundfragen, S. 158 f.; Grunsky S. 8 (§ 1 III 1); wohl auch Lüke JUS 67, 1 ff.

sich jedoch dann, wenn über die erzieherische Funktion des Prozesses hinaus mit dem Verwaltungsprozeß eine justizförmige Kontrolle der Verwaltung erreicht werden soll, der Verwaltungsprozeß also auch dazu dient, die *Gesetz-mäßigkeit* der Verwaltung zu sichern,

Eine solche Zwecksetzung müßte allerdings in der positiv-rechtlichen Ausformung des Verwaltungsprozeßrechts ihren Niederschlag gefunden haben, ⁷¹⁾ Soll nämlich der genannte Zweck erreicht werden, dann muß sich der Gesetzgeber wenigstens in den Grundzügen daran halten und seine Einzelentscheidungen so gestalten, daß sie mit dem Zweck vereinbar sind. ⁷²⁾

Eine nähere Untersuchung zeigt jedoch, daß die VwGO auf einen Schutz subjektiver Rechte zugeschnitten ist. Soll das Gericht seine Kontrollfunktion wahrnehmen, muß ihm dazu das passende prozessuale Instrumentarium zur Verfügung stehen. Kann der Kläger etwa die Klage ändern und zurücknehmen und ist das Gericht an diese Disposition gebunden, dann wird dadurch der Boden für eine objektive Kontrolle entzogen. Eine vom subjektiven Rechtsschutz unabhängige Kontrolle ist nur möglich, wenn das Gericht auch in der Lage ist, unabhängig vom Willen des betroffenen Bürgers seine Kontrollbefugnis auszuüben, ⁷³⁾ Wenn sich die VwGO zumindest insoweit für die Dispositionsfreiheit des Bürgers entschieden hat, so läßt sich diese Entscheidung nicht einer Zweckvorstellung zuordnen, die das Gericht als Organ zur objektiven Kontrolle ansieht.

Einschränkungen der Dispositionsfreiheit finden sich allerdings zugunsten des Vertreters des öffentlichen Interesses. Die Beteiligung des VöI an einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist nicht von dem Willen der Parteien oder des Gerichts abhängig. ⁷⁴⁾ Die VwGO räumt ihm ausdrücklich die Möglichkeit ein, eine Klagerücknahme zu verhindern. ⁷⁵⁾ Er kann auch selbständig die Wiederaufnahme des Verfahrens betreiben. ⁷⁶⁾ Aus seiner Beteiligtenstellung folgt ferner, daß eine Klageänderung ohne ihn nicht möglich ist. ⁷⁷⁾ Schließlich ist anerkannt, daß der VöI selbst dann Rechtsmittel einlegen kann, wenn zwischen den Beteiligten Einigkeit besteht, sich mit der Entscheidung zu-

71) Lüke JUS 67, 1.

72) Vgl. oben S. 79 f.

73) Henke, Subjektives Recht, S. 126.

74) Vgl. §§ 35 und 36 VwGO.

75) § 92 Abs. 1 VwGO.

76) § 153 Abs. 2 VwGO.

77) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 172 f. (§ 39 II); ders., Kommentar, § 91 Anm. 2; Redeker-von Oertzen § 91 Rdn. 5; Schulz-Hardt, VöI, S. 125.

frieden zu geben, 78)

Die gesetzgeberische Entscheidung für den VöI zeigt, daß öffentliche Interessen, die über die Interessen der Behörde hinausgehen, vom Gericht bei seiner Entscheidung mit berücksichtigt werden sollen, denn es ist gerade Aufgabe des VöI, diese unabhängig von der Behörde vorzutragen, 79)

Dem VöI ist aber auch gegenüber dem Gericht eine eigenständige Rolle zugewiesen. Die Dispositionsfreiheit der Parteien wird nicht durch das Gericht, sondern durch ein selbständiges Organ eingeschränkt. Im Verhältnis zum Gericht bleibt also die mit dem Zivilprozeß vergleichbare Lage erhalten.

Mit der h. M. ist deshalb davon auszugehen, daß sich der Zweck des Verwaltungsprozesses von dem des Zivilprozesses nicht wesentlich unterscheidet, wenn auch die Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Verfahrensgestaltung notwendig und möglich ist. Dies ist aber schon allein eine Folge der Zugehörigkeit des Streitgegenstandes zum öffentlichen Recht. Der Zweck des Verwaltungsprozesses ist demnach für sich allein als Unterscheidungskriterium im Bereich des § 173 VwGO nicht geeignet.

6 Frei bestimmte Grundsätze

Nach obiger Einteilung verbleibt somit von den grundsätzlichen Unterschieden im Sinne des § 173 VwGO noch die Gruppe der "frei bestimmten Grundsätze". Dabei ist der Bereich angesprochen, in dem die Freiheit des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der übergreifenden Grundlinien zum Tragen kommt. Diese Einteilung darf jedoch nicht zu der Annahme verführen, daß der Gesetzgeber in diesem Bereich rein willkürlich entscheiden könne. Die Bindungen und Abhängigkeiten im beschriebenen Sinne bleiben auch hier bestehen und bestimmen die Zweckmäßigkeit der gesetzgeberischen Entscheidung. Sie haben sich aber noch nicht so verdichtet, daß dem Gesetzgeber kein Entscheidungsspielraum bleibt, wenn er nicht die mit einer Durchbrechung verbundenen Folgen in Kauf nehmen will. Der Untersuchungsgrundsatz etwa paßt in das Rechtsschutzsystem gegen Maßnahmen der Verwaltung besser als der reine Verhandlungsgrundsatz. Er wäre umgekehrt für den Zivilprozeß weniger angebracht. Wenn für die

78) OVG Münster OVGE 11, 93 ff.; Redeker-von Oertzen § 36 Rdn. 6; Ule, Kommentar, § 36 Anm. II; Schunck-De Clerck § 36 Anm. 39; Koehler §§ 35-37 Anm. IV; Schulz-Hardt, VöI, S. 126; Kopp § 36 Anm. 2.

79) Schulz-Hardt DVB1 72, 557 ff.; Neis DVB1 68, 229 (231); Gerber DÖV 58, 680 ff.

VwGO der Untersuchungsgrundsatz festgelegt worden ist, so handelt es sich dabei nicht um eine "Laune" des Gesetzgebers, sondern beruht auf einer Abwägung, die die Besonderheiten des materiellen Verwaltungsrechts nicht außer acht lassen durfte.⁸⁰⁾ Andererseits läßt sich aber auch nicht sagen, daß im Verwaltungsprozeß notwendig der Untersuchungsgrundsatz gelten müsse, weil ansonsten die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG unterlaufen werde⁸¹⁾ oder das materielle Recht den Verhandlungsgrundsatz nicht zulasse. Vielmehr liegt insoweit eine nicht zwingend bestimmte Entscheidung des Gesetzgebers vor, wenn sie auch dem System verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes besser entspricht.⁸²⁾

6. 1 Probleme bei der Gewinnung der Grundsätze aus dem Gesetz

6. 1. 1 Positiv festgelegte Grundsätze

Die Feststellung eventueller Unterschiede ist nur möglich, wenn die Grundlinien des Zivil- und des Verwaltungsprozesses verglichen werden. Die Erschließung dieser Grundzüge kann jedoch nur aus dem jeweiligen Gesetz selbst erfolgen.

Relativ einfach ist dies, wenn sich das Gesetz ausdrücklich zu einem bestimmten Grundsatz bekennt. Für den Verwaltungsprozeß bestimmt § 86 Abs. 1

80) Diese Abhängigkeit betonen insbesondere von Turegg, Festschrift Lehmann, S. 849 (854 f.); Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 476; Lüke JUS 61, 41 (43); Peters DÖV 67, 407 (412).

81) Mag auch der Untersuchungsgrundsatz zu einer wirksameren Sicherung des Rechtsschutzes führen, so kann doch andererseits nicht gesagt werden, daß unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes eine Tatsachenprüfung durch das Gericht schlechthin nicht mehr möglich sei. Nur dann wäre aber die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Vgl. dazu BVerfGE 15, 275 (282); BVerfGE 18, 203 (212).

82) Von dieser gesetzgeberischen Freiheit gehen aus: Lüke JUS 61, 41 (43); Redeker, Verhandlungen des 44. deutschen Juristentages E 38; Schröder JUS 61, 48 (49); Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 434; vgl. dazu auch Henckel S. 144; Grunsky S. 164 f. (§ 18 II) sowie Ule, Lehrbuch, S. 5 (§ 1 III 2); abweichend wohl Ule DVBl 54, 137 (140), wonach der fehlende Anwaltszwang die Einführung des Verhandlungsgrundsatzes hindern soll.

VwGO, daß das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen hat, Damit hat der Untersuchungsgrundsatz einen positiv - rechtlichen Ausdruck gefunden. Die Auslegung der übrigen Gesetzesbestimmungen der VwGO muß sich an diesem Prinzip orientieren. Ausnahmen sind nur dann denkbar, wenn sie das Gesetz zuläßt und damit den Grundsatz selbst durchbricht. Im Bereich des § 173 VwGO kann sich eine solche gesetzliche Ausnahmebestimmung nicht ergeben. Die Einschränkung der entsprechenden Anwendung durch die Forderung, daß grundsätzliche Unterschiede fehlen müssen, schließt eine solche Folgerung aus. Vielmehr ist bei der Übertragung einer Vorschrift der ZPO oder des GVG gerade die Vereinbarkeit mit dem Untersuchungsgrundsatz zu prüfen,

6.1.2 Erschließung aus Einzelvorschriften

Schwieriger gestaltet sich die Erschließung der jeweiligen Grundsätze, wenn eine gesetzliche Festlegung nicht erfolgt ist. Dann muß aus Einzelvorschriften das Prinzip gewonnen werden, das diesen zugrunde liegt. Das Ergebnis wird dann zur Auslegung anderer Vorschriften herangezogen und wirkt direkt auf die Übernahmefähigkeit im Rahmen des § 173 VwGO ein.⁸³⁾ Dieser Schluß ist im Ergebnis nichts anderes als eine Form teleologischer Auslegung und als solche zulässig und anerkannt. Die Frage nach den Grundlinien oder dem System des Gesetzes ist verbunden mit der Frage nach der ratio legis.⁸⁴⁾

Diese Auslegung am System bringt jedoch nicht unerhebliche Gefahren mit sich. Allzu naheliegend ist die Versuchung, die Vorschriften an Hand des Prinzips auszulegen, das vorher aus ihnen selbst gewonnen wurde und damit einem Zirkelschluß zu verfallen.⁸⁵⁾ Die Geltung des Grundsatzes ist dann nicht mehr als Wunschdenken des Gesetzesauslegers. Die Auslegung am System muß sich deshalb in anderen Vorschriften als der auslegungsbedürftigen ihre Stütze suchen. Schwierigkeiten entstehen dabei jedoch besonders dann, wenn einzelne Vorschriften des Gesetzes zwar die Geltung eines entsprechenden Grundsatzes nahelegen, andere sich mit diesem aber nicht vereinbaren lassen. Dann stellt sich die Frage, ob sich die Gesetzesbestimmungen zu einem Grundsatz verbinden lassen, so daß die abweichenden Normen nur als Durchbrechungen erscheinen, oder ob diese der Geltung eines entsprechenden Grundsatzes im Wege stehen und die Auslegung am System zum Zirkelschluß wird. Damit ist der Bezug

83) Vgl. dazu Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II, S. 433 sowie für den Dispositionsgrundsatz Lücke JUS 61, 41 (42).

84) Vgl. Canaris, System, S. 90 ff.

85) Vgl. Henckel S. 41.

zur Auslegung des § 173 VwGO deutlich: Ein Grundsatz, der nur in Teilbereichen zum Tragen kommt, kann auch nur mit Einschränkungen als Unterscheidungskriterium herangezogen werden.⁸⁶⁾ Bei der Bestimmung grundsätzlicher Unterschiede muß dieser Gesichtspunkt also mit berücksichtigt werden.

6.2 Untersuchung unterschiedlicher Grundsätze

6.2.1 Untersuchungsgrundsatz - Verhandlungsgrundsatz

Wie schon eingangs hervorgehoben,⁸⁷⁾ wird in der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsprozeß ein grundsätzlicher Unterschied gegenüber dem Zivilprozeß im Sinne des § 173 VwGO gesehen.

Bevor hierzu eingehender Stellung genommen werden kann, muß der Begriffsinhalt dieses Grundsatzes, wie er hier verstanden wird, erläutert werden. Trotz der Herausbildung einer nunmehr weitaus h. M. bleiben nämlich noch immer die Folgen jener babylonischen Sprachverwirrung bemerkbar, die mit dem Verständnis dieses Begriffes verbunden war.⁸⁸⁾

Mit der h. M. ist davon auszugehen, daß Untersuchungs- und Verhandlungsgrundsatz ein Gegensatzpaar bilden. Dabei wird allein die Frage berührt, wer den Prozeßstoff sammelt, der Grundlage der Entscheidung ist. Gilt der Untersuchungsgrundsatz, dann trägt das Gericht die Verantwortung hierfür, bei Geltung des Verhandlungsgrundsatzes dagegen die Parteien. Davon ist das Gegensatzpaar Dispositionsmaxime - Officialmaxime zu unterscheiden, das die Frage betrifft, inwieweit die Parteien über Inhalt und Gang des Verfahrens verfügen können. Die prozessuale Verfügungsmacht ist deshalb nicht Teil des Verhandlungsgrundsatzes.⁸⁹⁾

86) Deutlicher wird diese Problematik allerdings, wenn nicht nur rein negativ Unterscheidungen gefunden werden sollen, sondern positiv aus der Geltung eines Grundsatzes auf die Übernahmefähigkeit geschlossen wird. Dazu oben S. 48 Fußnote 94.

87) S. 2 f.

88) Dazu zusammenfassend: Friesecke-Tackenberg DVBl 61, 546.

89) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 390 (§ 78 II); Bitter BayVwBl 58, 41 (42); Lücke JUS 61, 41; Wolf DVBl 66, 884 (885); Redeker-von Oertzen § 86 Rdn. 4 f.; Ule, Lehrbuch, S. 99 ff. (§ 26); abweichend: Lang VerwArch 61, 60 (63) und auch Eyermann-Fröhler § 86 Rdn. 2.

Grundlage der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung ist gemäß § 86 Abs. 1 VwGO nicht der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt, sondern der vom Gericht selbständig ermittelte. Dies entspricht nach obiger Definition dem Untersuchungsgrundsatz. Der Gesetzgeber hat dieses Prinzip bei der Ausgestaltung der einzelnen Vorschriften der VwGO beachtet und dadurch seine Geltung unterstrichen. Dies wird insbesondere deutlich, wenn bei einer Spezialverweisung auf Bestimmungen der ZPO Vorschriften ausgeklammert worden sind, weil sie mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht zu vereinbaren wären. So läßt etwa die Verweisung des § 98 VwGO die §§ 445 bis 449 ZPO aus, weil die Beteiligtenvernehmung nach dem Untersuchungsgrundsatz auch ohne Antrag der Parteien zulässig sein muß, ⁹⁰⁾

Demgegenüber ist es im normalen Zivilprozeß Aufgabe der Parteien, den Tatsachenstoff vorzutragen; Grundlage der Entscheidung ist das tatsächliche Vorbringen der Parteien. Es gilt also der Verhandlungsgrundsatz, ⁹¹⁾

Dies kommt in zahlreichen Vorschriften der ZPO zum Ausdruck. So etwa auch in § 138 ZPO, insbesondere in dessen Abs. 3. Eine solche Regelung hat nur dann Sinn, wenn das Gericht die unbestrittenen Tatsachen nicht ohnehin überprüfen muß. Ein Geständnis mit der Wirkung des § 288 Abs. 1 ZPO ist nur denkbar, wenn das Gericht nicht von sich aus nachforschen muß. Schließlich ist auch § 139 Abs. 1 ZPO, der zu Recht als Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes angesehen wird, ⁹²⁾ nur auf dem Boden eben dieses Verhandlungsgrundsatzes denkbar. Wenn dort bestimmt ist, daß der Vorsitzende die Parteien zur vollständigen Erklärung der erheblichen Tatsachen und zur Stellung sachdienlicher Anträge anhalten soll, dann geht dies davon aus, daß das Gericht nicht selbst von sich aus diese Tatsachen zugrunde legen darf. Unterbleibt trotz entsprechenden Hinweises die Erklärung, dann kann die Tatsache nicht Grundlage der Entscheidung werden.

Zu Recht sieht die h. M. deshalb in der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsprozeß im Gegensatz zum Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozeß einen grundsätzlichen Unterschied im Sinne des § 173 VwGO. ⁹³⁾

90) Vgl. Schunck-De Clerck § 98 Anm. 2 f bb; Baumbach-Lauterbach Übersicht vor §§ 445 ff. Anm. 4.

91) Vgl. Rosenberg-Schwab S. 390 (§ 78 II); Thomas-Putzo Einl. I 1; Grunsky S. 164 (§ 18 II); Schönke-Kuchinke S. 24 (§ 8 I).

92) Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 6.

93) Dazu oben S. 2 Fußnote 12; ferner z. B. Probst, Kommunal- und Staatsverwaltung 1972, 145; Schefold S. 66 ff.; Jarosch DÖV 63, 133 (134); Lüke JUS 61, 41 (43 ff.); Schröder JUS 61, 48 (49); für das finanzgerichtliche Verfahren BFH NJW 70, 2320.

Die Auswirkungen dieses grundsätzlichen Unterschieds sollen an einigen Beispielen demonstriert werden: § 282 Abs. 1 ZPO legt den Parteien die Beweisführungslast auf. Die behaupteten Tatsachen sind von den Parteien selbst unter Beweis zu stellen, d. h. sie müssen die Beweiserbringung versuchen. Die Parteien sind also grundsätzlich selbst dafür verantwortlich, daß das zum Erfolg führende Beweismittel benannt wird. Bestrittene Tatsachen, für die ein Beweis antritt fehlt, sind für die Entscheidung nicht zu berücksichtigen. Wenn die ZPO auch zahlreiche Ausnahmen zuläßt, so geht sie doch in § 282 Abs. 1 ZPO von diesem Grundsatz aus.⁹⁴⁾

Eine solche Handhabung, die zum Wesen des Verhandlungsgrundsatzes gehört, ist im Bereich des Untersuchungsgrundsatzes nicht denkbar. Dort erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. Es gehört deshalb auch zu seinen Aufgaben, sich mit Hilfe der zulässigen Beweismittel eine Überzeugung vom wahren Sachverhalt zu verschaffen. Weder in der Klageschrift⁹⁵⁾ noch im Verlauf des gesamten Verfahrens obliegt den Beteiligten des Verwaltungsprozesses eine Beweisführungslast; § 282 Abs. 1 ZPO ist nicht anwendbar, weil er sich nicht mit dem Untersuchungsgrundsatz vereinbaren läßt.⁹⁶⁾

Andererseits wird auch in der VwGO die Mitarbeit der Beteiligten vorausgesetzt; schon § 86 Abs. 1 VwGO enthält eine entsprechende Einschränkung. Auch die VwGO geht von dem Charakter des Prozesses als Rechtsstreit zwischen den Beteiligten aus, die sich schließlich in der mündlichen Verhandlung gegenüberstehen. Nach § 101 Abs. 1 VwGO kann das Verwaltungsgericht ohne Einverständnis beider Parteien nur auf Grund mündlicher Verhandlung entscheiden. Damit stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen, wenn ein Beteiligter durch sein Fernbleiben von der mündlichen Verhandlung dem normalen Verfahrensfortgang den Boden entzieht. Eine solche Situation wird immer wieder in der Prozeßpraxis auftreten. Es ergibt sich deshalb unabweisbar die Forderung nach einer Regelung. Ihr Fehlen ist planwidrig. Die VwGO gibt auf diese Frage in der Tat nur eine undeutliche Antwort. Das Problem wird lediglich von § 102 Abs. 2 VwGO berührt. Ihrem Wortlaut nach regelt diese Vorschrift aber nur die Erfordernisse der Ladung. Erst im Wege des Rückschlusses ist es möglich, daraus Folgerungen für das eigentliche Kernproblem herzuleiten, § 102 Abs. 2 VwGO

94) Rosenberg-Schwab S. 596 f. (§ 113 IV); Thomas-Putzo § 282 Anm. 1.

95) Das ergibt sich schon aus der Formulierung des § 82 Abs. 1 Satz 2 VwGO.

96) BVerwGE 19, 87 (94); Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 4; Grunsky S. 173 (§ 19 III); Baumbach-Lauterbach § 282 Anm. 4 und Einführung zu §§ 282 - 294 Anm. 6; Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II S. 480.

sagt also jedenfalls nicht ausdrücklich, welche Entscheidung zu treffen ist.⁹⁷⁾

Somit ist grundsätzlich der Weg frei für eine Heranziehung der ZPO über § 173 VwGO. Dort findet sich in der Tat in den §§ 330 ff. ZPO eine Regelung dieses Problemkreises. Für den hier interessierenden Einfluß des Untersuchungsgrundsatzes soll dabei § 331 ZPO herausgegriffen werden, der die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils gegen den Beklagten betrifft.⁹⁸⁾

Gegen eine Übernahme des § 331 ZPO läßt sich zunächst einwenden, daß er sich mit § 102 Abs. 2 VwGO nicht verträgt, so daß ein Fall "vordergründigen Nichtpassens" vorliegen könnte.⁹⁹⁾ Dieser Einwand kann jedoch nicht restlos überzeugen. Aus § 102 Abs. 2 VwGO ergibt sich lediglich, daß im Verwaltungsprozeß trotz Ausbleibens des Beklagten verhandelt und entschieden werden kann. Nichts anderes geschieht auch im Zivilprozeß, denn auch die Entscheidung durch Versäumnisurteil setzt eine Verhandlung voraus.¹⁰⁰⁾ Das ergibt sich schon daraus, daß ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten nur zulässig ist, wenn der Kläger verhandelt und einen entsprechenden Antrag stellt.¹⁰¹⁾ So bleibt zumindest zweifelhaft, ob § 102 Abs. 2 VwGO tatsächlich einer Übernahme des § 331 ZPO entgegensteht.

Versäumnisfolge ist nach § 331 ZPO, daß das klägerische Vorbringen als zugestanden gilt. Da zugestandene oder nicht bestrittene Tatsachen¹⁰²⁾ keines Beweises mehr bedürfen, ist damit der Weg frei zu einer Verurteilung des Beklag-

97) Insoweit zutreffend Grunsky S. 192 (§ 21 I); abweichend Ule, Lehrbuch, S. 182 (§ 43 II), der aus § 102 Abs. 2 VwGO die Zulässigkeit einer Aktenlageentscheidung folgert.

98) Für § 330 ZPO läßt sich die Vereinbarkeit mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht ohne weiteres verneinen. Insbesondere Ule (Lehrbuch S. 182 (§ 43 II), Kommentar, § 107 Anm. II 1, sowie DVB1 54, 137 (145)), ist dem mit beachtlichen Gründen entgegengetreten. Vgl. dazu auch Lüke JUS 61, 41 (47); Bitter BayVwBl 58, 41 (46); Grunsky S. 192 (§ 21 I). Diese Frage soll hier offen bleiben.

99) So die h. M.; vgl. Ule, Kommentar, § 107 Anm. II 1; Eyermann-Fröhler § 102 Rdn. 5; Lüke JUS 61, 41 (46); Baumbach-Lauterbach Übersicht vor § 330 Anm. 4; Schunck-De Clerck § 107 Anm. 2 f.; Koehler § 107 Anm. V 5; OVG Münster JZ 64, 566.

100) Vgl. Grunsky S. 192 (§ 21 I), der § 102 Abs. 2 VwGO darüber hinaus gerade als Hinweis auf die Zulässigkeit eines Versäumnisurteils ansieht.

101) Vgl. Lent-Javernig S. 212 f. (§ 66 II); Münzberg JUS 63, 219 (221); Rosenberg-Schwab S. 556 f. (§ 108 II).

102) Vgl. §§ 138 Abs. 3 und 288 Abs. 1 ZPO.

ten, wenn das klägerische Vorbringen schlüssig ist.¹⁰³⁾ Schon oben¹⁰⁴⁾ wurde darauf hingewiesen, daß die Geständniswirkung mit dem Untersuchungsgrundsatz nicht zu vereinbaren ist. Das Gericht, das den Sachverhalt selbst ermitteln und sich seine Überzeugung selbständig verschaffen muß, kann nicht an ein Geständnis gebunden sein, dessen Inhalt möglicherweise mit dem wahren, zu ermittelnden Sachverhalt nicht übereinstimmt. Ein Versäumnisverfahren, das auf einem solchen "fingierten", nicht vom Gericht selbst ermittelten Sachverhalt aufbaut, verstößt gegen den Untersuchungsgrundsatz. Folgerichtig kennt die ZPO in den Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz ein Versäumnisverfahren gegen den Beklagten nicht.¹⁰⁵⁾

Mit der fast einhelligen Meinung ist deshalb die Anwendbarkeit des § 331 ZPO im Verwaltungsprozeß zu verneinen, weil der Untersuchungsgrundsatz dies nicht zuläßt.¹⁰⁶⁾

6. 2. 2 **Offizialmaxime - Dispositionsmaxime**

Ein anderer weitreichender Prozeßgrundsatz ist die Dispositionsmaxime, deren Begriffsinhalt bereits dargelegt worden ist. Im Gegensatz dazu steht die Offizialmaxime, die dem Gericht die Verfügungsgewalt über Fortgang und Gegenstand des Verfahrens einräumt. Im normalen Zivilprozeß gilt wohl unbestritten die Dispositionsmaxime.¹⁰⁷⁾ Neben der Bindung an die Parteianträge nach § 308 Abs. 1 ZPO finden sich zahlreiche andere Regelungen, die nur mit dem Dispositionsgrundsatz vereinbar sind. Klageänderung (§ 264 ZPO) und Klagerücknahme (§ 271 ZPO) sind - jedenfalls bei Zustimmung des Gegners - ohne Mitwirkung des Gerichts möglich. Anerkenntnis und Verzicht (§§ 306 f. ZPO) wären mit der Offizialmaxime nicht in Einklang zu bringen.

Auch der Verwaltungsprozeß wird weitgehend von der Dispositionsmaxime

103) § 331 Abs. 2 ZPO.

104) S. 73 f.

105) So etwa §§ 618 Abs. 4, 640 Abs. 1, 670 Abs. 1 ZPO.

106) BVerwGE 4, 312 ff.; Rupp AöR 85 (1960), 149 (191 ff.); Ule, Lehrbuch S. 182 (§ 43 II); Ule, Kommentar, § 173 und § 107 Anm. II 1; Lücke JUS 61, 41 (46); Klinger § 107 Anm. 4; Schunck-De Clerck § 107 Anm. 2 f.; abweichend Grunsky S. 193 (§ 21 I), der jedoch übersieht, daß die gesetzgeberische Entscheidung de lege lata für den Untersuchungsgrundsatz ausgefallen ist.

107) Statt aller: Rosenberg-Schwab S. 396 ff. (§ 79).

beherrscht,¹⁰⁸⁾ Auch hier besteht die Bindung des Gerichts an das Klagebegehren (§ 88 VwGO), Klagerücknahme (§ 92 VwGO) und Klageänderung (§ 91 VwGO) sind auch hier möglich. Für eine grundsätzliche Geltung der *Offizialmaxime* bleibt bei einer solchen Ausgestaltung der Rechte der Parteien kein Raum. Entgegengesetzte Auffassungen¹⁰⁹⁾ sind vorwiegend älteren Datums und der beschriebenen Definitionsunsicherheit zuzuschreiben. Dabei wird nämlich in der Regel der Untersuchungsgrundsatz der *Offizialmaxime* zugeordnet, ohne daß sich die sachliche Aussage von der nunmehr h. M. unterscheidet.

Umgekehrt ist der Dispositionsgrundsatz in der VwGO nicht so streng durchgeführt, daß sich daraus grundsätzliche Unterschiede zum Zivilprozeß herleiten lassen. Vorschriften der ZPO, die den Dispositionsgrundsatz durchbrechen, scheiden deshalb für eine Übernahme nach § 173 VwGO nicht aus. Wenn schon für die ZPO der Dispositionsgrundsatz verlassen wird, dann muß dies für die VwGO erst recht möglich sein, zumal der Verwaltungsprozeß der *Offizialmaxime* eher zugänglich wäre als der Zivilprozeß.¹¹⁰⁾

Als Beispiel für diese Situation kann § 251 ZPO herangezogen werden. Die Anwendbarkeit des § 251 ZPO über § 173 VwGO im Verwaltungsprozeß ist anerkannt.¹¹¹⁾ Ob das Verfahren ruhen soll, ist nicht allein der Disposition der Parteien unterworfen. Vielmehr muß das Gericht selbständig prüfen, ob eine entsprechende Anordnung zweckmäßig erscheint. Umgekehrt kann auch im Zivilprozeß das Gericht von Amts wegen das Verfahren wiederaufnehmen, wenn die Voraussetzungen weggefallen sind.¹¹²⁾ Die Fortsetzung des Verfahrens hängt also auch im Zivilprozeß nicht ausschließlich vom Willen der Parteien ab; deren Dispositionsbefugnis ist eingeschränkt. Aus der grundsätzlichen Geltung der Dispositionsmaxime im Verwaltungsprozeß kann hier nicht gefolgert

108) BVerwGE 21, 217 (218); Bitter BayVwBl 58, 41 (44); Martens StW 67 Sp. 369 (384 ff.); Schefold S. 66; Ule DVBl 54, 137 (143); Lüke JUS 61, 41 (42); Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 435.

109) Vgl. BVerwGE 4, 312 ff.; Wacke AöR 79, 158 (181); VGH Stuttgart DÖV 49, 159 aber auch die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucksache III/55 S. 41 und 45.

110) Denn die Dispositionsmaxime ist Korrelat der auf der Vertragsfreiheit aufbauenden Privatrechtsordnung.

111) BVerwG NJW 62, 1170 (1171); OVG Münster NJW 62, 1931; VGH Mannheim BaWüVBl 67, 127; VGH Kassel ESVGH 21, 104 f.; Eyermann-Fröhler § 94 Rdn. 17; Baumbach-Lauterbach § 251 Anm. 4; Redeker-von Oertzen § 94 Rdn. 14; Ule, Kommentar, § 94 Anm. I; Klinger § 94 Anm. Bc; Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2c; Koehler § 94 Anm. B II.

112) Thomas-Putzo § 251 Anm. 3 b bb; Zöller § 251 Anm. 3 b.

werden, daß die Beendigung des Ruhens nur auf Parteiantrag möglich und § 251 ZPO insoweit nicht anwendbar ist. Nach einhelliger Meinung steht vielmehr dem Gericht auch im Verwaltungsprozeß die Befugnis zu, das Ruhen des Verfahrens von Amts wegen zu beenden, wenn die Zweckmäßigkeitsvoraussetzungen weggefallen sind, 113)

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, daß sich bezüglich der Dispositionsmaxime keine grundsätzlichen Unterschiede zwischen beiden Verfahrensarten herleiten lassen.

6. 2. 3 Amtsbetrieb - Parteibetrieb

Das soeben beschriebene Beispiel führt zu einem anderen Grundsatz des Prozeßrechts, der mit dem Gegensatzpaar Dispositionsgrundsatz - Offizialmaxime eng verwandt ist, dem Prozeßbetrieb. Er betrifft den äußeren Fortgang des Verfahrens, also die Initiative für das Inganghalten des Prozesses, 114) Unter der Geltung des Amtsbetriebs wird dieser formale Verfahrensfortgang durch das Gericht bestimmt, während bei Geltung des Parteibetriebs dies den Parteien obliegt. Auch im Bereich des Prozeßbetriebs finden sich Definitions- und Abgrenzungsunterschiede. Sie bestehen insbesondere zwischen Parteibetrieb und Dispositionsgrundsatz, 115) Dem Bereich des Prozeßbetriebs wird im wesentlichen nur die Frage zugerechnet, wer durch Zustellung, Ladung und Terminierung für den äußeren Verfahrensfortgang verantwortlich ist, 116) Ladungen zu den Terminen erfolgen gemäß §§ 214 und 261 a Abs. 1 ZPO von Amts

113) VGH Stuttgart DÖV 49, 159; Redeker-von Oertzen § 94 Rdn. 13; Klinger § 94 Anm. B c; Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2 c; ebenso Eyermann-Fröhler § 94 Rdn. 17, die zur Begründung jedoch zu Unrecht den Untersuchungsgrundsatz bemühen.

114) Vgl. Lent-Jauernig S. 245 (§ 77 III).

115) Rosenberg-Schwab S. 396 (§ 79 I); Blomeyer S. 63 f. (§ 13 I); Jarosch DÖV 63, 133 (135); die Anordnung des Ruhens des Verfahrens kann deshalb auch als Frage des Prozeßbetriebs angesehen werden. Auf die Abgrenzung kann hier im einzelnen nicht eingegangen werden.

116) Rosenberg-Schwab S. 387 (§ 77 I 2); Lent-Jauernig S. 245 (§ 77 III); Schönke-Kuchinke S. 32 (§ 8 II 3); Blomeyer S. 104 f. (§ 24). Inwieweit auch das Ingangsetzen und nicht nur das Inganghalten des Prozesses dem Prozeßbetrieb zuzuordnen ist (Rosenberg-Schwab, Blomeyer), kann auf sich beruhen, denn das Ingangsetzen des Prozesses ist in beiden Verfahrensarten jedenfalls Sache der Parteien.

wegen. Gleiches gilt für die Terminsbestimmung selbst, wie sich aus § 216 Abs. 1 ZPO ergibt. Auch Zustellungen sind nach § 261 b ZPO in der Regel von Amts wegen vorzunehmen. Auf Betreiben der Parteien sind im wesentlichen nur noch Urteile zuzustellen (§ 317 Abs. 1 ZPO).¹¹⁷⁾ Mit der h. M. ist deshalb davon auszugehen, daß der Zivilprozeß vom Amtsbetrieb beherrscht wird.¹¹⁸⁾

Auch im Verwaltungsprozeß erfolgen Ladungen von Amts wegen (§ 102 Abs. 1 VwGO). Gleiches gilt nach § 56 Abs. 1 und 2 VwGO für Zustellungen, und zwar gemäß § 116 Abs. 1 VwGO auch für Zustellungen von Urteilen. Es verwundert nicht, daß für die Terminsbestimmung § 216 Abs. 2 ZPO entsprechende Anwendung finden soll.¹¹⁹⁾ Zu Recht geht die h. M. davon aus, daß auch im Verwaltungsprozeß der Amtsbetrieb gilt.¹²⁰⁾

Ein grundsätzlicher Unterschied übergreifender Art kann deshalb insoweit zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß nicht bestehen. Wenn auch, wie gezeigt, Urteile im Zivilprozeß im Parteibetrieb zuzustellen sind, so läßt sich daraus nicht mehr als eine Verschiedenartigkeit im Einzelfall herleiten.¹²¹⁾

6.2.4 Anwaltszwang

Ein weiterer grundsätzlicher Unterschied soll im Anwaltszwang liegen.¹²²⁾ Gemäß § 78 Abs. 1 ZPO besteht Anwaltszwang vor dem Landgericht und allen Gerichten des höheren Rechtszuges. Demgegenüber müssen sich die Beteiligten nach § 67 Abs. 1 VwGO nur vor dem Bundesverwaltungsgericht durch einen An-

117) Daneben gilt der Parteibetrieb noch bei der Zustellung von Vollstreckungsbefehlen (§ 699 Abs. 1 Satz 4, jedoch eingeschränkt durch Satz 5), Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen (§ 829 Abs. 3 ZPO) sowie Arrestbeschlüssen und einstweiligen Verfügungen (§§ 922 Abs. 2 und 936 ZPO).

118) Lent-Jauernig S. 245 (§ 77 III); Rosenberg-Schwab S. 387 (§ 77 II); Schönke-Kuchinke S. 32 (§ 8 II 3); Ule, Lehrbuch, S. 101 (27 I); Redeker, Verhandlungen des 44. deutschen Juristentages Bd. II E 38.

119) Vgl. Eyermann-Fröhler § 102 Rdn. 1; Ule, Lehrbuch, S. 101 (§ 27 I). Die in § 216 Abs. 2 ZPO vorgesehene zeitliche Bindung besteht im Verwaltungsprozeß jedoch nicht.

120) Ule, Lehrbuch, S. 101 (§ 27 I); Redeker, Verhandlungen des 44. deutschen Juristentages Bd. II E 38; Jarosch DÖV 63, 133 (135).

121) Unzutreffend deshalb im Ergebnis Schunck-De Clerck § 173 Anm. 2; Klinger Anm. zu § 173.

122) Vgl. Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 3; ähnlich Ule, DVBl 54, 137 (138); Krämer ZJP 66 (1953), 1 (3).

walt vertreten lassen, während im übrigen jede Person als Bevollmächtigter auftreten kann (§ 67 Abs. 2 VwGO). Vorschriften der ZPO, die auf den Anwaltszwang vor Land- und Oberlandesgericht abstellen, können deshalb nicht in den Verwaltungsprozeß übernommen werden. Es besteht insoweit in der Tat ein tiefgehender Unterschied im Sinne des § 173 VwGO. Dieser ist jedoch auch in diesem Falle nicht übergreifender Natur, sondern bleibt im Ausstrahlungsbereich der abweichenden Norm der VwGO ohne darüber hinaus Bedeutung zu erlangen. Er ist in diesem Sinne nicht grundsätzlicher Natur.

6. 2. 5 Revisionszulassung

Ähnliches gilt auch für eine weitere Unterscheidung, die im Zusammenhang mit der Einschränkung des § 173 VwGO genannt wird, nämlich die Gestaltung der Revisionszulassung.¹²³⁾ In der Tat bestehen auch hier unterschiedliche Regelungen in Zivil- und Verwaltungsprozeß. Gemäß § 546 Abs. 1 ZPO ist die Revision zulässig, wenn sie das Oberlandesgericht zugelassen hat oder in vermögensrechtlichen Streitigkeiten der Streitwert 25000,- DM übersteigt.¹²⁴⁾ Demgegenüber kennt die VwGO nur die Zulassungsrevision (§ 132 Abs. 1 VwGO).

Aber auch in diesem Falle bleibt die Bedeutung der abweichenden Regelung auf den speziellen Bereich der Revisionszulassung beschränkt, ohne daß sich eine über die konkrete unterschiedliche Gestaltung übergreifende Bedeutung feststellen läßt.

6. 2. 6 Vertauschte Parteirollen

Ein grundsätzlicher Unterschied wird ferner darin gesehen, daß die Parteirollen im Verwaltungsprozeß vertauscht seien.¹²⁵⁾

Dem ist durchaus zuzustimmen, doch läßt sich unschwer erkennen, daß es sich dabei um eine Folge des materiellen Rechts handelt. Die materiell-rechtliche Ausgestaltung des Verwaltungsrechts räumt den Behörden die Möglichkeit zu einer einseitigen Regelung ein. Aus ihr ergibt sich die Durchsetzbarkeit der hoheitlichen Anordnungen. Rechtsschutz dagegen ist nur in defensiver Art denk-

123) Zur Revisionszulassung im Vergleich der Verfahrensordnungen vgl. Redeker, Verhandlungen des 44. deutschen Juristentages Bd. II E 29 ff.

124) Art. 1 Ziff. 1 Gesetz zur Entlastung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.

125) Wacke AÖR 79 (1953/54), 158 (161); Menger, System, S. 259 ff.

bar. Nicht die Behörde muß auf Vornahme einer Handlung durch den Bürger klagen, sondern der Bürger muß sich gegen das aus sich heraus verbindliche Verlangen der Behörde zur Wehr setzen. Das materielle Recht zwingt also den Bürger in die Rolle des Klägers, obgleich die Behörde eine Forderung stellt. Diese Erscheinung beruht aber nicht auf einem frei bestimmten Grundsatz, sondern ist Ergebnis der Anpassung an das materielle Recht und in diesem Sinne in der Tat ein grundsätzlicher d. h. tiefgehender Unterschied.

6. 2. 7 Vorverfahren

Ein weiterer grundsätzlicher Unterschied wird schließlich in der Notwendigkeit des Vorverfahrens in Anfechtungssachen gesehen,¹²⁶⁾

Ein Beispiel für seine Auswirkungen findet sich im Bereich der Klageänderung (§ 91 Abs. 1 VwGO). Es wurde bereits ausgeführt,¹²⁷⁾ daß § 268 ZPO über § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozeß Anwendung findet. Nach §§ 173 VwGO, 268 Nr. 2 ZPO ist deshalb der Übergang von der Anfechtungsklage zur Feststellungsklage und umgekehrt nicht als Klageänderung anzusehen,¹²⁸⁾ Problematisch ist dabei aber der Übergang von der Feststellungs- zur Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage, denn diese setzen die Durchführung eines Vorverfahrens voraus. Es stellt sich somit die Frage, ob das Vorverfahren im Hinblick auf § 268 Nr. 2 ZPO entbehrlich erscheint.¹²⁹⁾

Für dieses Problem mag eine differenzierende Lösung angebracht sein, doch braucht das hier nicht dargelegt zu werden. Es ist nämlich bereits deutlich geworden, daß auch das Vorverfahren Einfluß auf die Übernahme einer Vorschrift der ZPO oder des GVG im Rahmen des § 173 VwGO nehmen kann. Es kann nicht geleugnet werden, daß sich das Vorverfahren insoweit als grundsätzlicher (tiefgreifender) Unterschied darstellen kann.

Fraglich bleibt aber auch hier, ob es sich um einen frei bestimmten Grund-

126) Ule, Lehrbuch, S. 295 (§ 72 I).

127) S. 48

128) BVerwG DÖV 70, 498 (499); Redeker-von Oertzen § 91 Rdn. 2; Eyermann-Fröhler § 91 Rdn. 6; Ule, Kommentar, § 91 Anm. I; Kopp § 91 Anm. 4.

129) Ule, Lehrbuch, S. 172 (§ 39 I); Eyermann-Fröhler § 91 Rdn. 6; Schweiger (DVBl 67, 860) hält dagegen ein Vorverfahren unter Umständen für nicht erforderlich. Vgl. auch BVerwG 30, 46 (50) und Grunsky S. 127 (§ 13 II 1) sowie insbesondere BVerwGE 27, 181 (185) ausgeführt in DVBl 67, 773 (774) mit zustimmender Anmerkung Martens DVBl 67, 775 (777).

satz handelt oder welcher Gruppe sonst dieser Unterschied zugeordnet werden muß. Dabei stößt man unweigerlich auf den Meinungsstreit über den Rechtscharakter des Vorverfahrens, der selbst zwischen den einzelnen Senaten des Bundesverwaltungsgerichts besteht.¹³⁰⁾ Der Streit geht darum, ob das Widerspruchsverfahren allein dem Verwaltungsverfahren oder dem Verwaltungsprozeß als Prozeß- bzw. Sachurteilsvoraussetzung zuzuordnen ist.

Folgt man der zuerst genannten Auffassung, so scheint sich die Frage der Zuordnung recht einfach beantworten zu lassen: Ein Grundsatz des Verwaltungsprozesses kann nicht in einer Regelung gefunden werden, die nicht zum Prozeßrecht gehört. Dabei ergibt sich aber ein weiteres Einordnungsproblem, nämlich ob das Verwaltungsverfahrensrecht rechtssystematisch dem materiellen Recht angehört¹³¹⁾ oder ihm ein Rechtscharakter sui generis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und materiellem Verwaltungsrecht zukommt.¹³²⁾

Faßt man das Verwaltungsverfahrensrecht und damit das Vorverfahren der VwGO als materielles Recht auf, so liegt die Zuordnung seines Einflusses zu dem bereits bekannten Einfluß des materiellen Rechts klar. Aber auch nach der abweichenden Auffassung ist das Vorverfahren vom Prozeßrecht abzuscheiden. Das Verwaltungsverfahrensrecht wirkt dann aber in gleicher Art und Weise wie das materielle Verwaltungsrecht auf das Prozeßrecht ein, das auf das außerhalb liegende Rechtsinstitut Vorverfahren abgestimmt werden muß. In der Sache zeigt sich insoweit kein Unterschied, eine Zuordnung zu der Unterschiedsgruppe "materielles Recht" erscheint deshalb nach jeder der beiden Auffassungen gerechtfertigt.¹³³⁾ Dies erweist sich nicht zuletzt deshalb als möglich, weil sich materielles Recht und Verwaltungsverfahrensrecht nur schwer abgrenzen lassen,¹³⁴⁾

130) Zum Streitgegenstand zusammenfassend: von Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 14 ff.

131) Redeker-von Oertzen § 68 Rdn. 1; Haueisen DVB1 62, 881 (885).

132) Vgl. Meyer S. 65; Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 231 (§ 56 I); Maunz-Dürig-Herzog Art. 84 Rdn. 29; ebenso auch Bettermann VVDStRL 17, 118 (120 ff.), der materielles Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht unter dem Begriff "Verwaltungsrecht" zusammenfaßt und dem Verwaltungsprozeßrecht gegenüberstellt.

133) In diesem Falle wäre es allerdings erforderlich, die Ausdehnung auch in der gewählten Bezeichnung zum Ausdruck zu bringen und etwa die Erscheinung, die hier als Einfluß des materiellen Rechts bezeichnet worden ist, als Einfluß des Zivil- und Verwaltungsrechts i. w. S. zu bezeichnen.

134) Vgl. Bettermann VVDStRL 17, 118 (176); Mayer S. 65.

Eine solche Einordnung ist nicht mehr möglich, wenn - wohl zutreffend ¹³⁵⁾ - das Vorverfahren zumindest auch als Prozeßvoraussetzung angesehen wird. Das Vorverfahren ist dann nämlich Teil des Prozeßrechts, es liegt eine vom Zivilprozeß abweichende prozessuale Regelung vor. Damit ist die weitere Frage berührt, ob sich im Bestehen des Vorverfahrens über die positive Regelung hinaus ein vom Zivilprozeß abweichender Grundsatz des Verwaltungsprozesses finden läßt.

Dem Vorverfahren kommt eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu. Durch die intensive Vorprüfung noch im Bereich der Verwaltung werden die Verwaltungsgerichte entlastet. Dies gilt nicht nur rein zahlenmäßig, ¹³⁶⁾ sondern auch hinsichtlich der Aufbereitung des Falles. Der "Einstieg", insbesondere bezüglich der Tatsachenseite, wird dem Verwaltungsgericht durch das Vorverfahren leichter gemacht als dem Zivilgericht, das auf eine solche Vorarbeit verzichten muß. Davon bleibt aber die theoretisch dogmatische Gestaltung des Verwaltungsprozesses weithin unberührt. Das Vorverfahren erleichtert zwar die Arbeit des Gerichts, aber es macht sie doch nicht überflüssig. Trotz des zusammenfassenden Vorberichts in Form des Widerspruchsbescheids muß das Gericht selbständig die maßgeblichen Tatsachen feststellen. Die vom materiellen Recht (im engeren Sinne) bestimmte Ausgangslage und die Parteistellung bleiben erhalten, auch wenn zuvor Verwaltung und Bürger gezwungen waren, ihre Rechtsauffassungen zu überdenken.

Das Vorverfahren bleibt so eine im geschriebenen Recht geregelte zusätzliche Sachurteilsvoraussetzung, die zwar auch im Rahmen einer Übernahme von Vorschriften der ZPO und des GVG nach § 173 VwGO Beachtung finden muß, die aber nicht als übergreifender Grundsatz des Verfahrensrechts aufzufassen ist. Auch dieser Unterschied ist im beschriebenen Sinne lediglich vordergründiger Art.

7 System der Anwendbarkeitsprüfung

7.1 Untersuchungsgrundsatz als alleiniger frei bestimmter grundsätzlicher Unterschied?

Die obigen Untersuchungen legen die Vermutung nahe, daß der Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz der alleinige grundsätzliche Unterschied zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß ist, der nicht auf die Einbettung der jeweiligen Verfahrensart in das materielle Recht zurückzuführen ist.

135) Vgl. von Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 174.

136) Vgl. Ule, VerwArch 71, 114 (120).

Wenn auch in Literatur und Rechtsprechung in der Regel die Möglichkeit weiterer grundsätzlicher Unterschiede eingeräumt wird, so zeigen die gewählten Formulierungen doch, daß diesem Gegensatz besondere Bedeutung zugemessen wird.¹³⁷⁾ Deutlich ausgedrückt wird dies bei ULE,¹³⁸⁾ der andere Unterschiede als "noch weniger grundsätzlich" bezeichnet. Die Prüfung grundsätzlicher Unterschiede beschränkt sich demgemäß auch oft auf diejenigen, die sich aus dem materiellen Recht ergeben und auf den Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz.¹³⁹⁾ Darüber hinaus finden sich in der Literatur vereinzelt aber auch Stimmen, die den Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz als den alleinigen grundsätzlichen Unterschied zwischen beiden Verfahrensarten ansehen.¹⁴⁰⁾

Ein Beweis für diese Behauptung läßt sich nur schwer führen. Er ist nicht möglich durch logisches Ableiten aus der Gestaltung beider Prozeßordnungen. Der alleinige Weg zur Ermittlung der Zahl grundsätzlicher Unterschiede besteht in Prüfung und Vergleich an Hand zahlreicher Einzelfälle. Die grundsätzlichen Unterschiede müssen also mehr oder weniger empirisch gefunden werden. Die sich bei der Untersuchung zahlreicher einzelner Vorschriften der ZPO ergebenden Hinderungsgründe für eine Übernahme müssen verglichen werden. Dabei bedarf es der Feststellung, daß der Übernahme außer dem Gegensatzpaar Verhandlungs- Untersuchungsgrundsatz in keinem einzigen Fall ein anderer Unterschied übergreifender Art entgegensteht. Einige Sicherheit in der Aussage wäre nur bei Prüfung sämtlicher Vorschriften der ZPO und des GVG möglich, was angesichts dabei auftretender anderer Unsicherheiten ein wohl zu aufwendiges Verfahren wäre.¹⁴¹⁾

7.2 Verwischung der Grenzen zu den Unterschieden ohne übergreifende Bedeutung

Eine solche weitere Unsicherheit ist die Grenzziehung zwischen übergreifenden Grundsätzen und solchen, die vordergründig auf die konkrete Regelung

137) Vgl. oben S. 3.

138) Ule DVBl 54, 137 (146 f.).

139) Vgl. etwa Peters DÖV 67, 407 (409 f.); ähnlich auch OVG Münster DÖV 51, 141 Nr. 26, wo jedoch unzutreffend der Amtsbetrieb als weiterer grundsätzlicher Unterschied genannt wird.

140) Vgl. Baring AöR Bd. 76 (1950/51), 435 (456); Jarosch DÖV 63, 133 (135) Fußnote 24; Zuck DÖV 65, 836 (839).

141) Abgesehen davon, daß zahlreiche Vorschriften der ZPO schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil eine entsprechende Verweisungslücke nicht besteht.

beschränkt bleiben, ohne weitere Bedeutung zu erlangen. Es liegt auf der Hand, daß hier ein weites Feld für unterschiedlichste Definitionen besteht.

Verbindungen bestehen auch zu den Voraussetzungen der Verweisungslücke. Der Untersuchungsgrundsatz etwa ist in der Regelung des geschriebenen Rechts für den Verwaltungsprozeß niedergelegt.¹⁴²⁾ Scheitert die Übernahme einer Vorschrift am Untersuchungsgrundsatz, so läßt sich dies folgerichtig auch als Ergebnis einer abweichenden Regelung des geschriebenen Rechts ansehen. Allerdings bleibt der Unterschied zu den Fällen einer ausdrücklichen abweichenden Regelung deutlich: Der Untersuchungsgrundsatz regelt selbst den regelungsbedürftigen Sachverhalt nicht, sondern die von der ZPO angebotene Lösung läßt sich mit ihm nicht in Einklang bringen.

Eine vergleichbare Situation besteht auch in den Fällen des "vordergründigen Nichtpassens". Auch hier wird der regelungsbedürftige Sachverhalt nicht von der hindernden Norm direkt berührt, sondern das Angebot der ZPO verträgt sich damit nicht. Der Unterschied zum Untersuchungsgrundsatz besteht lediglich in den weitergehenden, "übergreifenden" Folgen. Der Intensitätsgrad des "Übergreifens" bestimmt also die Zuordnung. Wenn z. B. oben¹⁴³⁾ dargelegt worden ist, daß die sich aus dem Vorverfahren ergebenden Unterschiede nicht übergreifender Natur sind, so kann doch andererseits eine gegenteilige Auffassung nicht als schlechthin falsch angesehen werden. Es kommt nämlich entscheidend darauf an, welche Anforderungen an das "Übergreifen" gestellt werden. Die Kriterien der dafür erforderlichen Definition lassen sich nicht einfach aus dem Gesetz selbst herleiten, sondern sind in hohem Maße den Erwägungen des Rechtsanwenders überlassen.¹⁴⁴⁾

142) § 86 Abs. 1 VwGO.

143) S. 104 f.

144) Bei einem Vergleich der beiden Prozeßordnungen lassen sich zahlreiche unterschiedliche Regelungen finden, deren Zuordnung zweifelhaft erscheinen kann. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, seien einige Beispiele herausgegriffen: Im Gegensatz zur ZPO finden sich etwa in der VwGO der Zwang zur Rechtsmittelbelehrung (§ 58 VwGO) und die Möglichkeit, einen Vorbescheid (§ 84 VwGO) zu erlassen. Eine Ausdehnung des Wirkungsbereichs der materiellen Rechtskraft über die Hauptparteien hinaus auch auf die Beigeladenen bringt § 121 VwGO. Da das Verwaltungsgericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden ist (§ 88 Satz 2 VwGO), ist deren Bedeutung im Vergleich zum Zivilprozeß geringer. Entscheidend ist nicht der Klageantrag sondern das Klagebegehren. Schließlich seien die Unterschiede genannt, die sich bei der Klageerhebung ergeben: Setzt die ZPO die Zustellung der Klageschrift für die Klageerhebung voraus

7.3 Überlagerung und Ergänzung der einzelnen Hinderungsgründe

Bei der Untersuchung, welche Normen der ZPO oder des GVG von der entsprechenden Anwendung des § 173 VwGO erfaßt werden, fällt auf, daß sich in zahlreichen Fällen das Scheitern einer Übernahme nicht allein auf einen einzigen Hinderungsgrund zurückführen läßt. Es ist geradezu typisch, daß dafür mehrere Gesichtspunkte angeführt werden können.

Als Beispiel dafür soll der bereits bekannte § 532 ZPO herangezogen werden.¹⁴⁵⁾ Eine Übernahme dieser Vorschrift in die VwGO kommt deshalb nicht in Betracht, weil das zugrundeliegende Institut Geständnis fehlt. Ohne ein Geständnis im Sinne der §§ 228 ff. ZPO stößt § 532 ZPO ins Leere. Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß dieser Fall nicht nur der Gruppe des "vordergründigen Nichtpassens" zugewiesen werden kann, sondern daß insoweit das Fehlen einer vergleichbaren Regelung in der VwGO nicht planwidrig ist. Letztlich ist aber beides die Folge des Untersuchungsgrundsatzes: Er verbietet die entsprechende Anwendung der §§ 228 ff. ZPO¹⁴⁶⁾ und entzieht damit der Übernahme des § 532 ZPO den Boden.

Ein weiteres Beispiel hierfür stellt § 500 ZPO dar, der im amtsgerichtlichen Verfahren die Möglichkeit zu mündlicher Klageerhebung schafft. Einer Heranziehung dieser Vorschrift für den Verwaltungsprozeß kann zunächst die positivrechtliche Regelung über die Klageerhebung in § 81 Abs. 1 VwGO entgegenstehen. Dieser Grund ist aber nur dann stichhaltig, wenn die Auslegung des § 81

144) Fortsetzung

(§ 253 Abs. 1 ZPO), so genügt im Verwaltungsprozeß, daß die Klageschrift in den Machtbereich des Gerichts gelangt. Demgemäß ist die Rechtshängigkeit (§ 90 Abs. 1 VwGO) nicht davon abhängig, daß die Klageschrift zugestellt ist (§ 263 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 253 Abs. 1 ZPO) oder die Zustellung demnächst erfolgt (§ 261 b Abs. 3 ZPO).

Nach der hier vertretenen Abgrenzung läßt sich keinem der angeführten Beispiele ein übergreifender Grundsatz entnehmen. Es ist nicht damit getan, mehr oder minder bedeutungsvolle unterschiedliche Regelungen zu finden; vielmehr müssen die Unterschiede im Lichte des § 173 VwGO gesehen werden und festgestellt werden, inwieweit sie über die konkrete Regelung hinausgehende Bedeutung erlangen. Ein Versuch, auch nur annähernd alle Unterschiede aufzuzählen und zu belegen, die zu einem "vordergründigen Nichtpassens" führen können, müßte an der Vielgestaltigkeit und Vielfalt der Unterscheidungen scheitern.

145) Vgl. oben S. 74.

146) Vgl. oben S. 73 f.

Abs. 1 VwGO ergibt, daß dort die Klageerhebung abschließend geregelt worden ist. Man könnte auch argumentieren, daß § 173 VwGO gerade der Ausnahmeregelung des § 500 ZPO Eingang in den Verwaltungsprozeß verschafft.

Bedenken gegen eine entsprechende Anwendung ergeben sich auch aus der Notwendigkeit des Vorverfahrens. Abgesehen davon, daß das Vorverfahren nur in Anfechtungssachen erforderlich ist, bleibt auch die Möglichkeit offen, daß nach dem erfolglosen oder noch nicht abgeschlossenen Vorverfahren ¹⁴⁷⁾ Klage in mündlicher Form erhoben werden soll. Zu bedenken bleibt jedoch auch hier der Einfluß des materiellen Rechts: Der Bürger tritt nicht vor den Richter, um gegen einen anderen, ebenfalls erschienenen Bürger zu klagen, sondern sein Gegner ist ein Träger öffentlicher Gewalt. Der vertretende Beamte ist nicht Rechtsinhaber wie die Gegenpartei im Zivilprozeß, sondern der Gesetzesbindung unterworfen und an die Entscheidungen der zuständigen Organe gebunden. Diese Situation ist nicht mit der zu vergleichen, die § 500 ZPO zugrunde liegt.

Die Beispiele zeigen, daß sich die Hinderungsgründe vielfältig überschneiden und überlagern können. Dieser Zusammenhang ist nicht nur darauf beschränkt, daß verschiedene Hinderungsgründe unabhängig voneinander vorliegen, sondern es sind auch Abhängigkeiten möglich, wie sich deutlich aus dem Beispiel des § 532 ZPO ergibt. Die verschiedenen Gründe können sich demnach gegenseitig ergänzen. Wo einer den Weg für eine begrenzte Anwendung offen läßt, kann ein anderer gerade diesen Weg versperren.

Diese Erkenntnis ist auch für die praktische Rechtsanwendung von erheblicher Bedeutung. Kann ein Hinderungsgrund für sich allein noch nicht die Überzeugung verschaffen, daß eine entsprechende Anwendung scheitert, so gelingt dies möglicherweise bei Zusammenschau mit dem anderen Hinderungsgrund. Ihrer Bedeutung gemäß soll diese Verflechtung der einzelnen Gründe, die zur Nichtanwendbarkeit führen, an zwei weiteren Beispielen demonstriert werden:

Die ZPO bietet in ihrem siebten Buch (§§ 688 ff.) ein spezielles Verfahren an, um ohne Verhandlung einen Vollstreckungstitel zu schaffen. ¹⁴⁸⁾ Bei der Prüfung, ob die §§ 688 ff. ZPO einer entsprechenden Anwendung im Verwaltungsprozeß nach § 173 VwGO zugänglich sind, ist zunächst die Ausgangslage der Parteien zu beachten. Das öffentliche Recht räumt dem betreffenden Staatsorgan in der Regel die Befugnis ein, sich durch einseitigen hoheitlichen (Verwaltungs-) Akt eine vergleichbare Vollstreckungsgrundlage zu verschaffen. Die Behörde ist nicht genötigt, zunächst einen gerichtlichen Titel zu erlangen, sie kann vielmehr unmittelbar in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen. Soweit Leistungsbe-

147) Untätigkeitsklage nach § 75 VwGO.

148) Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 688 Anm. 1 A.

scheide zulässig sind, besteht für ein Mahnverfahren im Verhältnis Träger öffentlicher Gewalt - Bürger kein Bedürfnis, es würde vielmehr als Fremdkörper wirken. Der Nachweis der Planwidrigkeit muß hier mißlingen, weil das materielle Recht eine nicht vergleichbare Ausgangslage bietet.

Auch für Ansprüche des Bürgers gegen den Staat oder einen anderen Träger öffentlicher Gewalt läßt sich schwerlich der Nachweis führen, daß das Fehlen einer Durchsetzungsmöglichkeit nach Art des Mahnverfahrens der ZPO planwidrig ist. Die Behörde ist kraft ihrer Gesetzesbindung verpflichtet, eine Leistung, auf die der Bürger einen Anspruch hat, auch zu erbringen. Erkennt die Behörde die Rechtslage, so wird sie die Zahlung nicht grundlos verweigern oder unzulässig hinausziehen. Im anderen Fall wäre auch bei Zulassung des Mahnverfahrens ein ordentliches Verfahren in der Praxis unumgänglich. Gerade die Gründe, die dem Mahnverfahren im Zivilprozeß eine so große praktische Bedeutung verschaffen - etwa Zahlungsunfähigkeit oder mangelnde Zahlungsbereitschaft bei an sich unbestrittenem Anspruch - treffen für den Verwaltungsprozeß nicht zu.

Aus dem geschriebenen Recht läßt sich ebenfalls kein Hinweis für die entsprechende Anwendung finden, vielmehr spricht § 168 Abs. 1 VwGO gegen eine Übernahme. Dort sind die Vollstreckungstitel für den Verwaltungsprozeß zusammengestellt. Es fehlt dabei aber der Vollstreckungsbefehl, wie er beim Mahnverfahren der §§ 688 ff. ZPO angestrebt wird. Hält man § 168 Abs. 1 VwGO für eine abschließende Regelung, dann scheitert eine Übernahme schon daran, daß sich das Mahnverfahren in den Verwaltungsprozeß nicht einpassen läßt, weil die entsprechende Vollstreckungsgrundlage dort nicht geschaffen worden ist.¹⁴⁹⁾

Eine entsprechende Anwendung der §§ 688 ff. ZPO muß sich aber auch mit dem Untersuchungsgrundsatz vereinbaren lassen. Im Mahnverfahren wird auf Grund einer einseitigen Erklärung eines Beteiligten ein Titel geschaffen. Ein solches System kennt die VwGO nicht, denn das Verwaltungsgericht muß den Sachverhalt, der der Entscheidung zugrunde liegt, von Amts wegen prüfen und kann sich dabei nicht auf das Fehlen einer widersprechenden Darstellung des Gegners berufen.

In Literatur und Rechtsprechung ist deshalb zu Recht anerkannt, daß ein Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO im Verwaltungsprozeß nicht zulässig ist.¹⁵⁰⁾

149) Diese Argumentation verfängt allerdings dann nicht, wenn im Wege einer entsprechenden Anwendung auch § 794 Ziff. 4 ZPO in den Verwaltungsprozeß übernommen werden kann.

150) Vgl. VG Wiesbaden NJW 64, 686; Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor § 688 Anm. 4; Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 4; Redeker-von Oertzen § 173 Rdn. 2; Kopp § 173 Anm. 1.

Einpassungshindernisse nicht übergreifender Art und Untersuchungsgrundsatz ergänzen hier das Bild, das sich bei Prüfung der Planwidrigkeit ergibt und vermitteln so die Überzeugung von der Unanwendbarkeit der Vorschriften der ZPO.

Ähnliches ergibt sich schließlich für § 39 ZPO, also bezüglich der Frage, ob auch im Verwaltungsprozeß eine Prorogation durch rügeloses Einlassen zulässig ist. Die Antwort hierauf ist in Rechtsprechung und Literatur streitig. Während die h. M. die Möglichkeit eines Verlustes des Rügerechts von Verfahrensmängeln bejaht,¹⁵¹⁾ verneint sie die Zulässigkeit einer Prorogation gemäß § 39 ZPO mit unterschiedlicher Begründung.¹⁵²⁾ Nach einer Mindermeinung¹⁵³⁾ sollen einer entsprechenden Anwendung der genannten Vorschrift über § 173 VwGO keine Hindernisse im Wege stehen. Dabei wird allerdings teilweise eine Anwendung nur für Parteistreitigkeiten in Betracht gezogen.¹⁵⁴⁾ Da der Verwaltungsprozeß nur ein erstinstanzliches Gericht kennt, kann sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Prorogation gemäß § 39 ZPO nur hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit stellen.

Trifft die VwGO selbst eine Regelung, ist eine entsprechende Anwendung des § 39 ZPO nicht möglich. Eine solche Regelung wird in der Tat in § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO gesehen,¹⁵⁵⁾ wonach das nächsthöhere Gericht den Gerichtsstand bestimmt, wenn nach § 52 VwGO mehrere Gerichte in Betracht kommen. Dies steht im Gegensatz zu § 35 ZPO, der dem Kläger die Wahl überläßt. Insofern legt in der Tat die VwGO größeren Wert auf die örtliche Zuständigkeit als die ZPO.¹⁵⁶⁾ Es ist zwar der h. M. zuzugeben, daß § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO gegen die Zulässigkeit einer Prorogation spricht und daß angesichts der gewählten Formulierungen eine gesonderte Klarstellung angebracht gewesen wäre, wenn tatsächlich die Übertragung des § 39 ZPO möglich sein soll.¹⁵⁷⁾ Andererseits mag dieser Schluß nicht restlos zu überzeugen. Die Regelung des § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO bezieht sich in erster Linie auf den Fall, daß zwischen den Beteiligten Streit über

151) Vgl. BVerwG VRspr. 74 Nr. 94; Baumbach-Lauterbach § 295 Anm. 4.

152) Für die Rechtslage vor dem 1. April 1974: BVerwG BayVwBl 69, 246 (247); VG Stuttgart NJW 67, 411; Eyermann-Fröhler § 52 Rdn. 35 f.; Redeker-von Oertzen § 52 Rdn. 2; Schunck-De Clerck § 83 Anm. 5; Tschira-Schmitt-Glaeser S. 53; Peters DÖV 67, 407 ff.; Kopp § 52 Anm. 1; für die Rechtslage nach dem 1. April 1974: Baumbach-Lauterbach Grundzüge vor §§ 38 ff. Anm. 2.

153) Grunsky S. 352 f. (§ 36 III 1); Klinger § 53 Anm. D; Lüke JUS 61, 41 (42) Fußnote 17.

154) Koehler § 52 Anm. IX.

155) VG Stuttgart NJW 67, 411.

156) Vgl. Ule, Lehrbuch, S. 67 (§ 14 III).

157) Vgl. VG Stuttgart NJW 67, 411.

die Zuständigkeit besteht. Sie behält also auch dann ihren Sinn, wenn ihr für die Parteivereinbarung keine Bedeutung zukommt.¹⁵⁸⁾ Für den Fall des rügelosen Einlassens trotz Kenntnis oder Kennenmüssens der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts enthält § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO keine Regelung.

Auch der Untersuchungsgrundsatz steht einer entsprechenden Anwendung nicht entgegen.¹⁵⁹⁾ Er betrifft die Ermittlung von Tatsachen im anhängigen Verfahren. Welches Gericht diese Tatsachen ermittelt, ist damit nicht gesagt.¹⁶⁰⁾

Eine Übertragung des § 39 ZPO kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn das Fehlen einer entsprechenden Regelung in der VwGO planwidrig ist. Nicht allein entscheidend ist dabei, ob in der Praxis ein Bedürfnis für die Übernahme besteht.¹⁶¹⁾ Vielmehr muß sich die Planwidrigkeit aus der Gesamtheit der VwGO ergeben. Damit ist zugleich auch der Einfluß des materiellen Rechts angesprochen. Auch hier gilt es zu beachten, daß der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit die Gesetzesbindung der Verwaltung gegenübersteht.¹⁶²⁾ Die Zulassung der Prorogation im Zivilprozeß entspricht der dort bestehenden Interessenlage: Die Parteien sollen nicht durch prozessuale Vorschriften daran gehindert werden, von der ihnen eingeräumten Vertragsfreiheit Gebrauch zu machen.¹⁶³⁾ Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Parteien sich trotz Kenntnis der örtlichen Unzuständigkeit auf den bereits entstandenen Streit einlassen, eine Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Ausnutzen wirtschaftlicher Macht also nicht mehr zu befürchten ist. Der Freiheit der Parteien auf materiellrechtlichem Gebiet entspricht so die Freiheit auf dem Gebiet des Prozeßrechts.

Dieser Beweggrund fällt für den Verwaltungsprozeß fort. Das öffentliche Recht wird nicht durch die Vertragsfreiheit sondern die Gesetzesbindung geprägt. Das gilt auch im Bereich der örtlichen Zuständigkeit. Die zuständige Behörde kann die Regelung einer Verwaltungsangelegenheit nicht auf die benachbarte übertragen, wenn sie hierzu nicht ermächtigt ist.¹⁶⁴⁾ Kann aber die Be-

158) Grunsky S. 352 (§ 36 III 2).

159) So aber Eyermann-Fröhler § 52 Rdn. 35; Redeker-von Oertzen § 52 Rdn. 2; Schunck-De Clerck § 83 Anm. 5; ähnlich im Ergebnis Peters DÖV 67, 407 (411 f.).

160) Zutreffend: Lüke JUS 61, 41 (42) Fußnote 17; Grunsky S. 352 (§ 36 III 2).

161) Ein solches Bedürfnis bejahen Klinger (§ 53 Anm. D) und Grunsky (S. 352 (§ 36 III 2)). Abweichend wegen Gefährdung der gleichmäßigen Belastung der Verwaltungsgerichte: VG Stuttgart NJW 67, 411.

162) Vgl. Peters DÖV 67, 407 (411).

163) Diese Auslegung wird unter Anwendung der historischen Methode bestätigt. Vgl. dazu Peters DÖV 67, 407 (411 f.).

164) Vgl. dazu Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 22 (§ 72 IV) sowie Forsthoff S. 451 (§ 23 2c).

hörde nach materiellem Recht nicht über ihre Zuständigkeit verfügen, so erscheint es nicht einleuchtend, weshalb für die Bestimmung des Verwaltungsgerichts eine Regelung vermißt wird, die eine entsprechende Freiheit einräumt. Der Nachweis der Planwidrigkeit muß deshalb scheitern. Angesichts dieser Interessenlage im Verwaltungsprozeß wundert es andererseits nicht, daß die Gestaltung des § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO auf eine mögliche Prorogation keine Rücksicht nimmt.

Bei Abwägung aller dieser Gesichtspunkte ergibt sich, daß die h. M. Zustimmung verdient, § 39 ZPO also nicht entsprechend anwendbar ist.

7.4 Die Anwendung des § 173 VwGO als komplexes System

Die obigen Beispiele haben die Verflechtungen zwischen den einzelnen Gründen, die zur Nichtanwendbarkeit führen, deutlich werden lassen. Daraus können verschiedene Folgerungen gezogen werden:

In aller Regel läßt sich die Unanwendbarkeit einer Norm der ZPO nicht allein auf einen der genannten Hinderungsgründe zurückführen. Vielmehr sind hierfür mehrere heranzuziehen, sei es, daß sie unabhängig voneinander vorliegen, sei es, daß sie sich gegenseitig ergänzen oder bedingen.

Es erscheint unter diesem Gesichtspunkt auch verfehlt, zwischen den beiden sich aus dem Wortlaut ergebenden Voraussetzungen des § 173 VwGO - dem Bestehen einer Verweisungslücke und dem Fehlen tiefgehender Unterschiede - streng unterscheiden zu wollen. Diese sind zwar in ihren Ansatzpunkten und Kernbereichen zu trennen, gehen aber in der praktischen Anwendung ineinander über. Für die entsprechende Anwendung nach § 173 VwGO kommt es auf die Trennbarkeit dieser beiden Voraussetzungen jedenfalls nicht an. Ob ein Hinderungsgrund der einen oder der anderen Gruppe zuzuordnen ist, ist ohne Bedeutung, seine Entscheidungserheblichkeit wird hiervon jedenfalls nicht berührt. Die genannten Gründe, die einer entsprechenden Anwendung im Wege stehen können, lassen sich zu einem Systemkomplex verbinden, der über die Heranziehung der ZPO oder des GVG nach § 173 VwGO entscheidet. Innerhalb dieses Systems kommt den einzelnen Hinderungsgründen grundsätzlich der gleiche Rang zu, wobei die Bedeutung im Einzelfall unterschiedlich groß sein kann. Es ist gerade kennzeichnend, daß sich die Hinderungsgründe gegenseitig ergänzen können. Vermag eine Begründung nicht zu überzeugen, so kann sie ihre Bestätigung in einem anderen Systemelement, einem anderen Hinderungsgrund finden. Die verschiedenen vielfältigen Verflechtungen verbieten es, ein systematisches "Prüfungsschema" zu erstellen, das "rezeptartig" bei der Prüfung des § 173 VwGO herangezogen werden

kann. Es muß vielmehr der Rechtserkenntnis der Rechtsanwender überlassen bleiben, das Gewicht einzelner Systemelemente und ihre Verwertung für das Gesamtergebnis festzustellen.

Daraus folgt wiederum, daß es nicht erforderlich ist, die einzelnen Hinderungsgründe scharf voneinander abzugrenzen. Sie sind ja lediglich gleichrangige Elemente des Gesamtsystems, das über die Anwendbarkeit einer Norm der ZPO oder des GVG entscheidet. Für die Wertung innerhalb des Systems ist die Zuordnung zu einer Gruppe der Hinderungsgründe deshalb ohne wesentliche Bedeutung. Exakte Zuordnungen erübrigen sich deshalb nicht nur zwischen den beiden Voraussetzungen, die sich aus der Wortauslegung des § 173 VwGO ergeben, sondern auch zwischen den hier herausgearbeiteten einzelnen Hinderungsgründen.

Diesen wird jedoch dadurch nicht ihre Existenzberechtigung genommen. Es bleibt nämlich möglich, ihre Kernbereiche zu lokalisieren und so aufzuzeigen, welche Kriterien die Anwendbarkeit bestimmen.

Dies ist besonders für das Element Planwidrigkeit deutlich geworden: Wird sein Einfluß geleugnet, so muß dies damit bezahlt werden, daß für alle Normen der ZPO, die nicht durch eine direkte Regelung der VwGO ausgeschlossen werden, grundsätzliche Unterschiede gesucht werden müssen, soweit ihre entsprechende Anwendbarkeit verneint wird. Diese Suche gestaltet sich oft recht mühevoll und nötigt zu kunstvollen, aber nicht überzeugenden Konstruktionen, ganz abgesehen davon, daß eine Nichtbeachtung auch zu unzutreffenden Ergebnissen führen kann.

Die Frage, ob der Untersuchungsgrundsatz der alleinige übergreifende grundsätzliche Unterschied ist, stellt sich so aus einer etwas veränderten Sicht: Es kann nicht darauf ankommen, ob er sich von den nicht übergreifenden Grundsätzen einwandfrei abscheiden läßt, sondern ob seine Bedeutung so groß ist, daß er als ein selbständiges Systemelement angesehen werden muß.

Der Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatz ist bei einem Vergleich der beiden Prozeßarten von entscheidender Wichtigkeit. Bei der Anwendbarkeitsprüfung steht er regelmäßig im Mittelpunkt. Keinem anderen Verfahrensgrundsatz kommt eine solche Bedeutung zu. Er hebt sich insoweit von anderen verfahrensrechtlichen Unterschieden ab. So gesehen ist der Untersuchungsgrundsatz in der Tat der alleinige grundsätzliche Unterschied zwischen Verwaltungs- und Zivilprozeß.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß für die Prüfung der Anwendbarkeit abweichende positiv - rechtliche Regelungen in der VwGO, das Element Planwidrigkeit, der Einfluß des materiellen Rechts, der Untersuchungs-

grundsatz und schließlich die Gruppe der nicht übergreifenden Unterschiede von Bedeutung sind.

4. KAPITEL

Der Umfang der Verweisung
(Zusammenfassung und Ergänzung)

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, wie die echte Verweisung des § 173 VwGO die ZPO und das GVG mit der VwGO verknüpft. Eine richtige Anwendung der VwGO ist nur unter Beachtung des § 173 VwGO und damit der ZPO und des GVG möglich. Unzutreffend dagegen ist es, andere Gesetzesvorschriften in dieses Verbindungssystem mit einzubeziehen und zwingender Anwendung zu unterwerfen. Dies gilt angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 173 VwGO auch für das FGG.¹⁾ Das FGG nimmt also keine Sonderstellung ein, sondern ist wie jedes andere Gesetz vom Vorrang entsprechender Anwendung der ZPO und des GVG betroffen.²⁾ Die analoge Anwendung anderer Gesetze, also auch des FGG, ist nur möglich, wenn die Heranziehung von ZPO und GVG fehlschlägt, die Verweisungslücke also ohne Ausfüllung bleibt. Dann ist der Weg frei für eine Rechtsfindung *praeter legem*, deren Voraussetzungen jedoch besonderer Prüfung bedürfen.

1 Echte Verweisung und Weiterverweisung

Zum Bereich der Rechtsfindung *secundum legem* im Rahmen der echten Verweisung des § 173 VwGO gehören neben ZPO und GVG andere Gesetze allenfalls dann, wenn auf sie gesondert verwiesen wird. Das kann aber auch dann der Fall sein, wenn ZPO und GVG auf andere Vorschriften weiterverweisen. Die entsprechende Anwendung der verweisenden Vorschrift führt dann auch zur Übernahme des Verweisungsobjekts derselben.

Eine solche Weiterverweisung findet sich in § 108 Abs. 2 ZPO, der auf §§ 234 Abs. 2 und 235 BGB verweist. Auch die VwGO kennt die prozessuale Sicherheitsleistung. Das ergibt sich ausdrücklich aus § 80 Abs. 5 Satz 4 VwGO aber auch aus §§ 167 Abs. 1 VwGO und 708 ff. ZPO.³⁾ Die Art und Weise der Sicherheitsleistung ist in der VwGO nicht geregelt. § 108 ZPO ist somit entsprechend heranzuziehen.⁴⁾ Die §§ 234 Abs. 2 und 235 BGB finden damit Eingang in die VwGO.

1) Abweichend Koehler (§ 173 Anm. III 2) unter Berufung auf Menger (System, S. 66), dort aber für die Rechtslage vor Inkrafttreten der VwGO.

2) Vgl. oben S. 11 f.

3) Vgl. dazu OVG Münster KStZ 60, 233 (234); BVerwGE 16, 254 (256); VGH München DVBl 64, 38 (41).

4) Vgl. VGH Kassel DÖV 74, 537 Baumbach-Lauterbach § 108 Anm. 6.

Eine andere Weiterverweisung ergibt sich auch aus § 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO, und zwar auf das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen.⁵⁾ Die Anwendung des § 91 ZPO ist allerdings streitig.⁶⁾

2 Echte Verweisung und dynamische Verweisung

Der generelle Verweis auf ZPO und GVG führt dann zu Unklarheiten, wenn sich die Fassung dieser Gesetze ändert. Es stellt sich dann die Frage, ob die Verweisung nunmehr auf die jetzt gültige Fassung (dynamische Verweisung) oder diejenige zur Zeit des Inkrafttretens der VwGO (statische Verweisung) zu beziehen ist. Die VwGO enthält für die Beantwortung keinen Anhaltspunkt. Wie bereits erwähnt,⁷⁾ kann auch die Vereinheitlichung der Verfahrensordnungen als Ziel des § 173 VwGO angesehen werden. Selbst wenn man dies verneint, wird man doch sagen müssen, daß gerade die generelle Formulierung nicht gegen eine Gleichhaltung spricht. Es liegt also nahe, für § 173 VwGO von einer dynamischen Verweisung auszugehen, so daß die jeweilige gültige Fassung Anwendung finden muß.⁸⁾

Dieses Ergebnis wird durch die historische Auslegung bestätigt, denn gerade auf eine weitgehende Gleichgestaltung und damit Gleichhaltung der Prozeßordnungen wurde besonderer Wert gelegt.⁹⁾

Wie KARPEN¹⁰⁾ nachgewiesen hat, ergeben sich hiergegen keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, weil die Identität des Normsetzers gewahrt bleibt.¹¹⁾

5) OVG Münster DVBl 65, 244.

6) Vgl. oben S. 19 Fußnote 3.

7) Vgl. oben S. 6 und S. 32.

8) So die h. M.; vgl. Karpen S. 136; Müller, Gesetzgebungstechnik, S. 174; Eyermann-Fröhler § 173 Rdn. 2; Schunck-De Clerck § 173 Anm. 1; Klin-ger Anm. zu § 173.

9) Vgl. den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses über den Regierungsentwurf zur VwGO BT-Drucksache III/1094 S. 2.

10) Karpen S. 136.

11) Vgl. dazu auch Ossenbühl DVBl 67, 401 (408).

3 Echte Verweisung und nicht geschriebene Grundsätze des Zivilprozesses

Die Anwendung des § 173 VwGO ist bisher stets unter dem Gesichtspunkt geprüft worden, ob Normen der ZPO oder des GVG in die VwGO transponiert werden können. Offen geblieben ist aber bisher, ob auch die von Rechtsprechung und Lehre für den Zivilprozeß entwickelten Grundsätze (z. B. über den Vergleich) von der Generalverweisung erfaßt werden. Diese Frage wird - soweit ersichtlich - einhellig bejaht.¹²⁾

Hier müssen jedoch Einschränkungen gemacht werden. Die genannten Grundsätze des Zivilprozeßrechts sind nicht geschriebenes Recht, sondern dem Bereich der Rechtsfindung *praeter legem* zuzuordnen. Nicht der Gesetzgeber, sondern die Rechtsprechung hat diese Grundsätze entwickelt und ihnen Geltung verschafft. Dennoch sind sie nicht Gesetzesrecht. Die Verweisung des § 173 VwGO als echte Verweisung macht das Verweisungsobjekt zu einem Bestandteil der VwGO selbst. Es liegt auf der Hand, daß rechtsstaatliche Bedenken angemeldet werden müssen, wenn die genannten Rechtsgrundsätze auf diesem Wege zum Gesetz erhoben werden. Durch die Aufnahme in die Verwaltung wird dabei nicht geschriebenen untergesetzlichen Normen Gesetzeskraft verschafft, sondern eine h. M. gesetzlich sanktioniert. Da sich diese ändern kann, ist die Rechtssetzung insoweit Rechtsprechung und Lehre anvertraut. Hierdurch wird nicht nur der Gewaltenteilungsgrundsatz in seinen Kernpunkten berührt, sondern auch die Bestimmbarkeit des Gesetzesbefehls aufgehoben. Die Verweisung kann sich deshalb nur auf Vorschriften und nicht auf deren Auslegung und noch weniger auf die Rechtsfindung *praeter legem* beziehen.¹³⁾

Damit ist jedoch nicht gesagt, daß Rechtsgrundsätze und Auslegungsregeln zur ZPO für den Verwaltungsprozeß bedeutungslos seien. Vielmehr wird in aller Regel das von der h. M. für zutreffend gehaltene Ergebnis gewonnen werden: Für die Auslegung übernommener Normen der ZPO werden auch innerhalb der VwGO die gleichen Gesichtspunkte maßgebend sein. Auf die Vorarbeit der Zivilprozeßrechtslehre kann zurückgegriffen werden, wenn die übernommenen Vorschriften im Rahmen des Verwaltungsprozesses der Auslegung bedürfen. Die Auslegung bleibt aber dann Auslegung und ist nicht in die Verweisung aufgenommen. Als solche entfaltet sie nicht die gesetzliche Verbindlichkeit, der Verwaltungsrichter wird nicht von der Rechtserkenntnis des Zivilrichters abhängig gemacht. Gleiches gilt auch für die Rechtsfindung *praeter legem*. Ist es

12) Vgl. BVerwG NJW 62, 218 (219); VGH Mannheim ESVG 20, 145 (146); Schmitt DVBl 64, 465 (466).

13) Zu Unrecht abweichend; Jellinek S. 89 f.

nämlich im Bereich des Zivilprozesses möglich und notwendig, praeter legem ein Rechtsinstitut zu entwickeln, so gilt dies regelmäßig auch in der VwGO. Besteht in der ZPO eine Gesetzeslücke, so liegt darin ein Anhaltspunkt dafür, daß auch die VwGO insoweit lückenhaft ist. Gerade aber das Beispiel des Vergleichs zeigt, daß dies keineswegs zwingend der Fall sein muß, denn in der ZPO fehlt eine Regelung, die § 106 VwGO vergleichbar ist. Das - anerkannte - Bestehen einer Gesetzeslücke in der ZPO erspart dem Rechtsanwender nicht die Prüfung für die VwGO. Art und Weise der Lückenschließung in der ZPO entheben den Rechtsanwender nicht der Aufgabe, selbständig für die VwGO nach einer Möglichkeit der Lückenschließung zu suchen. Allerdings steht nichts im Wege, wenn er sich dabei an den entsprechenden Grundsätzen des Zivilprozesses orientiert, soweit er sich bewußt bleibt, daß er daran nicht gebunden ist. Beachtet er dabei die Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung nach § 173 VwGO, so wird er regelmäßig auf das zutreffende Ergebnis stoßen. Entscheidend bleibt, daß die für den Zivilprozeß durchgeführte Rechtsfindung praeter legem nicht als Rechtsfindung secundum legem in den Verwaltungsprozeß übernommen wird. Bindende gesetzliche Anweisungen, zu welchem Ergebnis der Rechtsanwender bei der Rechtsfindung praeter legem gelangen muß, sind gesetzesdogmatisch nicht denkbar, denn dann liegt in Wahrheit gerade eine Regelung vor, die die Rechtsfindung praeter legem ausschließt.

4 Die Doppelnatur des § 173 VwGO: echte Verweisung - Hinweis

Andererseits sind gerade für die Rechtsfindung praeter legem - unverbindliche - Hinweise und Anknüpfungspunkte aus den Regelungen des Gesetzes von erheblicher Bedeutung. Als ein solcher Hinweis kann auch § 173 VwGO verstanden werden. Die durch diese Bestimmung bewirkte Verknüpfung beider Prozeßordnungen legt es nahe, auch bei der Rechtsfindung praeter legem auf Rechtsgedanken der ZPO zurückzugreifen. Eine so weitgehende Verweisung bleibt nur sinnvoll, wenn von vornherein eine gewisse Rechtsähnlichkeit besteht. Dies ist gerade der Boden, auf dem die Rechtsfindung praeter legem aufbauen muß. Ist eine direkte Anwendung des § 173 VwGO nicht möglich, so liegt darin kein Verbot, bei der Rechtsfindung praeter legem auch ZPO und GVG heranzuziehen. Vielmehr kann § 173 VwGO gerade als Hinweis dafür angesehen werden, daß auch ZPO und GVG berücksichtigt werden können. Daneben kann diese Vorschrift dem Rechtsanwender bei der Auslegung unklarer Vorschriften der VwGO eine Hilfe sein, wenn auch dabei besonderer Wert darauf zu legen ist, daß der Aussagegehalt der auslegungsbedürftigen Vorschriften der VwGO nicht durch Anlehnung an ZPO und GVG verfälscht wird.

Ein Beispiel für die Heranziehung einer Norm der ZPO als Auslegungshilfe findet sich bei der Anwendung des § 144 Abs. 3 VwGO. Die Zurückweisung an das Berufungsgericht ist nicht an Voraussetzungen geknüpft, sondern liegt im Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts. Damit scheidet auch eine Anwendung des § 565 Abs. 3 und 4 ZPO aus.¹⁴⁾ Ein Zwang zur eigenen Entscheidung durch das Revisionsgericht besteht im Verwaltungsprozeß nicht.

Die in § 565 Abs. 3 und 4 geregelten Fälle sind jedoch auch für den Verwaltungsprozeß keineswegs unproblematisch. Nach § 137 Abs. 1 VwGO kann die Revision nur auf Bundesrecht gestützt werden. Das Bundesverwaltungsgericht ist an die Auslegung irrevisiblen Rechts durch die Vorinstanz gebunden. § 562 ZPO findet über § 173 VwGO im Verwaltungsprozeß entsprechende Anwendung.¹⁵⁾ So stellt sich auch für den Verwaltungsprozeß die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht über irrevisibles Recht mitentscheiden darf, wenn die Berufungsentcheidung aus anderen Gründen aufgehoben werden muß. Die Beantwortung allein an Hand des § 144 Abs. 3 VwGO führt zu unsicheren Ergebnissen, denn es besteht ein gewisser Widerspruch zwischen beiden Gesetzesanordnungen: Es steht demnach im Ermessen des Revisionsgerichts, auch über Recht zu entscheiden, für dessen Anwendung und Auslegung es eigentlich nicht zuständig ist, hier also die Auslegung von Landesrecht.

Zur Klärung dieses Problems kann auf § 565 Abs. 3 und 4 ZPO zurückgegriffen werden. Wenn schon § 565 Abs. 4 ZPO dem Gericht im Zivilprozeß für diesen Fall ausdrücklich eine Entscheidungsfreiheit zugesteht, dann muß dies erst recht für die VwGO gelten, die dem Gericht insoweit eine größere Freiheit einräumt als die ZPO.¹⁶⁾ Das Bundesverwaltungsgericht kann also in den genannten Fällen zurückverweisen, aber auch selbst entscheiden.¹⁷⁾ Die einschlägigen Bestimmungen der ZPO werden hier zur Auslegung des § 144 Abs. 3 VwGO ergänzend herangezogen.¹⁸⁾

14) Vgl. Redeker-von Oertzen § 144 Rdn. 6; Ule, Kommentar, § 144 Anm. III 1; Koehler § 144 Anm. IV 2; Schunck-De Clerck § 144 Anm. 4 b; Eyermann-Fröhler § 144 Rdn. 6; Baumbach-Lauterbach § 565 Anm. 4; unklar BVerwGE 19, 204 (212 f.).

15) Vgl. BVerwGE 31, 337 (339); NJW 72, 173 (174); NJW 74, 1010 (1011); Eyermann-Fröhler § 137 Rdn. 1; Baumbach-Lauterbach § 562 Anm. 2.

16) So ausdrücklich BVerwGE 19, 204 (212); das BVerwG läßt aber in seiner Entscheidung nicht erkennen, ob deshalb eine entsprechende Anwendung des § 565 Abs. 3 und 4 ZPO befürwortet wird.

17) Vgl. Redeker-von Oertzen § 144 Rdn. 6; Schunck-De Clerck § 144 Anm. 4 b; abweichend Eyermann-Fröhler § 137 Rdn. 1.

18) Vgl. Bettermann DVB1 61, 65 (73); Baumbach-Lauterbach § 565 Anm. 4.

Ein weiteres Beispiel bietet die Verwendung des § 252 ZPO. Die Zulässigkeit einer Beschwerde ist für den Verwaltungsprozeß in § 146 VwGO abschließend geregelt.¹⁹⁾ Das gilt auch im Hinblick auf die Aussetzung des Verfahrens im Sinne des § 94 VwGO. § 252 ZPO ist deshalb nicht entsprechend anwendbar.²⁰⁾ Streit besteht aber, ob der Aussetzungsbeschluß eine prozeßleitende Maßnahme im Sinne des § 146 Abs. 2 VwGO ist²¹⁾ oder ob er vom Grundsatz des § 146 Abs. 1 VwGO erfaßt wird und deshalb die Beschwerde möglich ist.²²⁾ Hier zeigt ein Vergleich mit § 252 ZPO, daß die Auslegung der h. M. den Vorzug verdient, weil nicht anzunehmen ist, daß insoweit eine unterschiedliche Regelung getroffen worden ist.²³⁾

Ähnlich soll sich schließlich aus den Regeln des Zivilprozeßrechts eine einschränkende Auslegung des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO ergeben.²⁴⁾

§ 173 VwGO kommt somit eine Doppelfunktion zu: Er enthält einerseits eine echte Verweisung und zwingt zur Anwendung zivilprozessualer Normen. Daneben kann aber auch ein Hinweis darauf entnommen werden, daß ZPO und GVG als Hilfe bei der Auslegung und der Rechtsfindung *praeter legem* herangezogen werden können.

19) Meissner DVBl 67, 426.

20) Meissner DVBl 67, 426; Baumbach-Lauterbach § 252 Anm. 2; vgl. auch VGH Mannheim ESVGH 14, 184 f.; ähnlich auch Buck DÖV 64, 537 ff., der jedoch unzutreffend Amtsbetrieb und Untersuchungsgrundsatz bemüht.

21) So Meissner DVBl 67, 426 (427 f.); Eyermann-Fröhler 3. Auflage § 94 Rdn. 12.

22) So die h. M.; vgl. Redeker-von Oertzen § 94 Rdn. 4; Klinger § 94 Anm. 3 A; Schunck-De Clerck § 94 Anm. 2 d; Ule, Lehrbuch, S. 261 (§ 64 I a); jetzt auch Eyermann-Fröhler § 94 Rdn. 12; VGH Mannheim ESVGH 14, 184 und NJW 67, 646; OVG Münster NJW 62, 1931.

23) Vgl. OVG Münster NJW 62, 1931; VGH Mannheim ESVGH 14, 184 und NJW 67, 644; ablehnend Meissner DVBl 67, 426 (428).

24) BVerwG NJW 71, 1284; diese Entscheidung begegnet zwar nicht in ihrem Ergebnis, aber in ihrer Begründung Bedenken. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH scheint sich das BVerwG eine eigene Auslegung ersparen zu wollen. § 173 VwGO gebietet nicht die - unbesehene - Übernahme der Rechtsprechung der Zivilgerichte. Auch der BGH kann den Gesetzgeber nicht ersetzen. Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. von Mutius, Höchstgerichtliche Rechtsprechung F 6, 2.

SCHLUSSBETRACHTUNG

In vorstehender Untersuchung wurde versucht, den Rechtscharakter der Generalverweisung zu erhellen und die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung der ZPO und des GVG festzustellen. Dabei hat sich gezeigt, daß § 173 VwGO eine echte Verweisung enthält, die den Rechtsanwender zur Heranziehung der ZPO und des GVG nötigt. Daraus läßt sich aber nicht der Umkehrschluß ziehen, daß ZPO und GVG nur dann herangezogen werden können, wenn die Voraussetzungen für die echte Verweisung vorliegen. Darüber hinaus kann § 173 VwGO auch entnommen werden, daß beide Gesetze als Auslegungshilfen und für die Rechtsfindung *praeter legem* in Betracht kommen.

Der Zwang zur Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO führt im Grundsatz zu einer sehr engen Bindung der VwGO an diese Gesetze. Andererseits hängt die entsprechende Anwendung nach § 173 VwGO von verschiedenen Voraussetzungen ab, die den Anwendungsbereich der Vorschrift erheblich beschränken. Eine Übernahme zivilprozessualer Vorschriften ist insbesondere nur dann zulässig, wenn das Fehlen entsprechender Vorschriften in der VwGO planwidrig ist. Die Bindung an ZPO und GVG wird hierdurch in nicht unerheblichem Maße wieder gelockert.

Eine generelle Beschränkung auf bestimmte Vorschriften oder Verfahrensarten der VwGO einerseits oder der ZPO und des GVG andererseits ist nicht möglich, wenn auch im Regelfall die Vorschriften für den "normalen" Zivilprozeß heranzuziehen sind. Auch eine klare und eindeutige Abgrenzung der verschiedenen Voraussetzungen für die Anwendung des § 173 VwGO läßt sich nicht finden. Vielmehr muß die Möglichkeit zur entsprechenden Anwendung an Hand verschiedener Kriterien geprüft werden, die sich gegenseitig überlagern und ergänzen können. Neben dem Fehlen einer Regelung durch die VwGO selbst ist als ein solches Kriterium die Planwidrigkeit des Fehlens anzusehen. Neben Untersuchungsgrundsatz und materiellem Recht hat schließlich die Gruppe der nicht übergreifenden Unterschiede Einfluß auf die Möglichkeit der entsprechenden Anwendung. Die vielgestaltigen Überschneidungen der einzelnen Einflußmöglichkeiten stellen den Rechtsanwender im Einzelfall vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Die Anwendung von ZPO und GVG setzt einen komplizierten Wertungs- und Erkenntnisprozeß voraus. Dementsprechend groß sind die Unsicherheitsfaktoren bei der Auslegung und Anwendung des § 173 VwGO.

Dennoch besteht in der Praxis nur in wenigen Fällen über die Anwendbarkeit von Vorschriften der ZPO oder des GVG nach § 173 VwGO Streit. Obwohl die Vorschrift von ihrem dogmatischen Ansatz her eine zentrale Stellung einnehmen muß, ist ihre Bedeutung in der Praxis zahlenmäßig vergleichsweise gering: Die

wichtigsten Probleme des Verwaltungsprozeßrechts sind in der VwGO geregelt, so daß für die Anwendung des § 173 VwGO wenig Raum bleibt. Die entsprechende Anwendung von ZPO und GVG nach § 173 VwGO spielt deshalb nur eine untergeordnete Rolle,

Das darf aber nicht dazu verführen, den dogmatischen Ansatz der Vorschrift zu verfehlen. Das "Ob" und das "Wie" der Anwendung von ZPO und GVG werden von § 173 VwGO fest bestimmt und dürfen nicht bloß den jeweiligen Zweckmäßigkeiten angepaßt werden. Die Gefahr, daß dabei Wunsch und Wirklichkeit verwechselt werden können, liegt auf der Hand. Es läßt sich nicht ausschließen, daß in der Praxis hierauf nicht immer im notwendigen Maße Wert gelegt wird.

Auch § 173 VwGO läßt sich deshalb als eine der am wenig durchdachten und gefährlichsten Vorschriften der VwGO bezeichnen (vgl. Peters - Sautter - Wolff Anm. 2 zu § 202 SGG). Nicht zuletzt daraus rechtfertigt sich ein näheres Eingehen auf Rechtscharakter und Auswirkungen der Generalverweisung des § 173 VwGO.

LITERATURVERZEICHNIS

- ALTMAYER, Josef - LAHM, Kurt: Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Rheinland - Pfalz, Siegburg 1958.
- ARENS, Peter: Prozeßrecht und materielles Recht, in: AcP 1973, S. 250.
- ARNDT, Herbert: Der Prozeßvergleich, in: DRiZ 1965, S. 188.
- AYMANN, Wilfried: Das gesetzestechnische Mittel des Verweises. Seine rechtliche Bedeutung im ostkirchlichen Verfassungsrecht von 1957 unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenspiels der päpstlichen und patriarchalischen Zuständigkeit, in: Archiv für katholisches Kirchenrecht 1964, S. 293.
- BACH, Gregor: Die Problematik des Ausschlusses der verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeinstanz, in: NJW 1965, S. 1263.
- BARING, Martin: Die Prozeßvoraussetzungen im Verwaltungsrechtsstreit, in: AöR Bd. 76 (1950), S. 435.
- BARTHOLOMEYCZIK, Horst: Die Kunst der Gesetzesauslegung, 3. Auflage, Frankfurt am Main 1965.
- BAUMANN, Jürgen: Einführung in die Rechtswissenschaft, 3. Auflage, München 1972.
- BAUMBACH, Adolf - LAUTERBACH, Wolfgang - ALBERS, Jan - HARTMANN, Peter: Zivilprozeßordnung (Kommentar), 33. Auflage, München 1975, zit.: Baumbach-Lauterbach.
- BERNHARDT, Rudolf (Bearbeiter): Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Hamburg 1950.
- BETTERMANN, Karl - August: Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsrechtlichen Anfechtungsklage, in: DVBl 1953, S. 163.
- Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL Heft 17, Berlin 1959.
- Die Zurückverweisung durch das Berufungsgericht im Verwaltungs- und Zivilprozeß, in: DVBl 1961, S. 65.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25. 8. 1966 (BVerwGE 24, 343 = MDR 1967, S. 947), in: MDR 1967, S. 949.
- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25. 2. 1969 (DVBl 1969, S. 700), in: DVBl 1969, S. 703.

- Die Legitimation zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtung, in: Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, S. 73.
- BINDER, Julius: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
- BITTER, Georg: Inhalt und Grenzen der Dispositionsmaxime im Verwaltungsstreitverfahren, in: BayVwBl 1958, S. 41.
- BITTNER, Wolfgang: Rechtsberatung, Rechtsbetreuung und Prozeßvertretung kreisangehöriger Gemeinden durch den Landkreis, in: DVBl 1973, S. 24.
- BLOMEYER, Arwed: Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen und Heidelberg 1963.
- BOEHMER, Gustav: Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Auflage, Tübingen 1965.
- BOGS, Harald: Die Bindung des Fallrichters an eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Normenkontrollrichters, in: DVBl 1965, S. 633.
- Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1966.
- BUCK, Hans - Peter: Die prozeßleitenden Verfügungen nach § 146 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung, in: DÖV 1964, S. 537.
- BULLINGER, Martin: Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart 1962.
- BURCKARDT, Walther: Methode und System des Rechts, Zürich 1936, zit.: Burckardt, Methode.
- Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, in: Abhandlungen zum Schweizer Recht, Neue Folge, Heft 8, Bern 1925.
- BURMEISTER, Joachim: Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Berlin und Frankfurt 1966.
- CANARIS, Claus - Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964, zit.: Canaris, Lücke.
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969, zit.: Canaris, System.
- CZERMAK, Fritz: Zum Rechtsbehelf gegen die Vollstreckung unanfechtbarer Verwaltungsakte, in: DVBl 1963, S. 23.
- DERSCH, Hermann - NEUMANN, Dirk: Bundesurlaubsgesetz (Kommentar), 4. Auflage, München 1971.
- DYROFF, Anton: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7. Auflage, Ansbach 1928.

- ENGISCH, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, zit.: Engisch, Einheit.
- Der Begriff der Rechtslücke. Eine analytische Studie zu Wilhelm Sauers Methodenlehre, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, Berlin 1949, S. 85, zit.: Engisch, Rechtslücke.
 - Der rechtsfreie Raum, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 108, Tübingen 1952, S. 385, zit.: Engisch, Rechtsfreier Raum.
 - Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1971, zit.: Engisch, Einführung.
- ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- ESSER, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Auflage Tübingen 1974, zit.: Esser, Grundsatz und Norm.
- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970, zit.: Esser, Vorverständnis.
- EYERMANN, Erich - FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 6. Auflage, München 1974.
- FINKE, Hugo: Zur Wirksamkeit sozialgerichtlicher Vergleiche, in: JR 1967, S. 293.
- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage, München und Berlin 1973.
- FRIESECKE - TACKENBERG, Gisela: Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime, in: DVBl 1961, S. 546.
- FROMM, Günter: Zum Streitwert verwaltungsgerichtlicher Verfahren, in: DVBl 1964, S. 1014.
- GAUL, Hans - Friedhelm: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, in: AcP 168 (1968) S. 27.
- GERBER, Hans: Der Vertreter des öffentlichen Interesses im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1958, S. 680.
- GERMANN, Oscar Adolf: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965.
- GÖLDNER, Detlef Christoph: Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969.

- GROSCHUPF, Otto: Neue Verwaltungsakte während des Verwaltungsprozesses, in: DVBl 1961, S. 840.
- GROSS, Rolf - KREILING, Harald: Zur Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage im Verwaltungszwangsverfahren, in: DVBl 1963, S. 393.
- GRUNSKY, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts. Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO und SGG, 2. Auflage, Bielefeld 1974, zit.: Grunsky.
- Möglichkeit und Grenzen einer allgemeinen Prozeßrechtslehre im akademischen Unterricht, in: ZZP 1972, S. 373.
- HAGEN, Johann Josef: Elemente einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, Freiburg 1972.
- HAMANN, Andreas - LENZ, Helmut: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Kommentar), 3. Auflage 1970.
- HAUEISEN, Fritz: Verwaltungsverfahren und verwaltungsgerichtliches Verfahren, in: DVBl 1962, S. 881.
- Zum Verlust des Rügerechts in den Verfahren der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit, in: NJW 1965, S. 191.
- Verwaltungsakt und Vollstreckungsgegenklage, in: NJW 1965, S. 2285.
- Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche, in: DVBl 1968, S. 285.
- HAVERKÄMPER, Jörn: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Maximen des Verwaltungsprozeßrechts, Diss., Münster 1973.
- HEGEL, Hermann: Zur Verpflichtungs- und zur Leistungsklage in der VwGO, in: DÖV 1965, S. 413.
- HENCKEL, Wolfram: Prozeßrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- HENKE, Wilhelm: Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968, zit.: Henke, Subjektives Recht.
- HERSCHEL, Wilhelm: Gesetzesauslegung und Unklarheitenregel, in: AuR 1963, S. 129.
- HIRSCH, Hans - Joachim: Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334.
- HOLLAND, Ralf: Die Leistungsklage im Verwaltungsprozeß, in: DÖV 1965, S. 410.

- JAROSCH, Roland: Wie wirkt sich der Tod des Klägers auf den Verwaltungsprozeß aus? in: DÖV 1963, S. 133.
- JAUERNIG, Othmar: Tod eines Ehegatten vor Beginn, während oder nach Abschluß des Eheprozesses, in: FamRZ 1961, S. 98.
- Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967, zit.: Jauernig Verhandlungsmaxime.
- JECHT, Hans: Zur Form der Wiedereinsetzungsentscheidung im Verwaltungsprozeß, in: NJW 1963, S. 533.
- JELLINEK, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.
- JESCH, Dietrich: Gesetz und Verwaltung, 2. Auflage, Tübingen 1968.
- KARPEN, Hans - Ulrich: Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970.
- KELLER, Adolf: Die Kritik, Korrektur und Interpretation des Gesetzeswortlauts, Diss., Winterthur 1960.
- KLEIN, Karl - Heinz: Anmerkung zum Beschluß des OVG Münster vom 22. 2. 1967 (DVBl 1967, S. 944), in: DVBl 1967, S. 945.
- KLINGER, Hans: Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Auflage, Göttingen 1954, zit.: Klinger MRVO 165.
- Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 2. Auflage, Göttingen 1964, zit.: Klinger.
- KOEHLER, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), Berlin und Frankfurt am Main 1960, zit.: Koehler.
- Aufbau und Umfang der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2, Karlsruhe 1963, S. 565, zit.: Koehler, Staatsbürger und Staatsgewalt II.
- KOPP, Ferdinand O.: Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), München 1974.
- KRAEMER, Wilhelm: Zivilprozessuale Auswirkungen des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht, in: ZZP 1953, S. 1.
- KREILING, Harald: Rechtsbehelfe gegen Beitreibungsmaßnahmen im Verwaltungsvollstreckungsrecht, in: NJW 1963, S. 888.
- LANG, Alfred: Verzicht und Anerkenntnis im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: BayVwBl 1958, S. 172.

- LANG, Arno: Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: VerwArch 1961, S. 60.
- LANGEN, Joachim: Die verwaltungsgerichtliche Geltendmachung materieller Einwendungen gegen die Vollstreckung von Verwaltungsakten unter besonderer Berücksichtigung der Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO), Diss., Mainz 1970.
- LARENZ, Karl: Richterliche Rechtsfortbildung als methodologisches Problem, in: NJW 1965, S. 1.
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin und Heidelberg 1969, zit.: Larenz, Methodenlehre.
- LAUTERBACH, Wolfgang: Konzentration oder Gleichwertigkeit der Termine? in: JZ 1967, S. 137.
- LEIBHOLZ, Gerhard - RINCK, H. J.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2. Auflage, Köln 1968.
- LENT, Friedrich - JAUERNIG, Othmar: Zivilprozeßrecht, 17. Auflage, München und Berlin 1974.
- LIVER, Peter: Die Wille des Gesetzes (Rektoratsrede), Bern 1954, zit.: Liver, Wille des Gesetzes.
- Der Begriff der Rechtsquelle, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 1, zit.: Liver, Rechtsquelle.
- LÜKE, Gerhard: Grundsätze des Verwaltungsprozesses, in: JUS 1961, S. 41.
- Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß, in: JUS 1967, S. 1.
- MAETZEL, Wolf Bogumil: Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, in: DÖV 1970, S. 28.
- MANGOLDT, Hermann von - KLEIN, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1966.
- MATTENKLODT, Herbert - Fritz: Ist gegen die Vollstreckung aus einem bestandskräftigen Verwaltungsakt entsprechend § 767 ZPO die Vollstreckungsabwehrklage zulässig? in: DÖD 1966, S. 21.
- MARTENS, Joachim: Die Behauptungslast im Steuerprozeß, in: StW 1967, Sp. 369.

- Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 9. 6. 1967 (BVerwGE 27, 181 = DVBl 1967, S. 773), in: DVBl 1967, S. 775.
- MAUNZ, Theodor - DÜRIG, Günter - HERZOG, Roman: Grundgesetz (Kommentar), 3. Auflage, München 1969.
- MAYER, Franz: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Stuttgart, München und Hannover 1972.
- MEIER - HAYOZ, Arthur: Lücken intra legem, in: Festschrift für Oscar Adolf Germann, Bern 1969, S. 149.
- MEISS, Wilhelm: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953.
- MEISSNER, Claus: Anmerkung zum Beschluß des VGH Mannheim vom 10. 8. 1964 (DVBl 1964, S. 878), in: DVBl 1967, S. 426.
- MELLWITZ, Arthur: Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. 3. 1962 (BVerwGE 14, 103), in: DVBl 1962, S. 601.
- MENGER, Christian - Friedrich: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954, zit.: Menger, System.
- Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2, Karlsruhe 1963, S. 427, zit.: Menger, Staatsbürger und Staatsgewalt II.
- MÜLLER, Friedrich: Juristische Methodik, Berlin 1971, zit.: Müller, Methodik.
- MÜLLER, Hanswerner: Handbuch der Gesetzgebungstechnik, Köln, Berlin, Bonn und München 1963, zit.: Müller, Gesetzgebungstechnik.
- Entscheidung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, in: NJW 1963, S. 228.
- MÜLLER - TOCHTERMANN: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache außerhalb des Zivilprozesses, in: NJW 1959, S. 421.
- MÜNZBERG, Wolfgang: Zum Begriff des Versäumnisurteils, in: JUS 1963, S. 219.
- MUTIUS, Albert von: Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, Berlin 1969, zit.: von Mutius, Widerspruchsverfahren.

- Zur Subsidiarität der Feststellungsklage, in: MENDER, Christian - Friedrich - ERICHSEN, Hans - Uwe - MUTIUS, Albert von: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1971, F 6/1.

NAUMANN, Richard: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953.

NEIS, Kurt: Die Aufgaben der Bundesanwaltschaft beim Bundesverwaltungsgericht, in: DVBl 1968, S. 229.

- Zur Funktion der Vertreter des öffentlichen Interesses bei den Verwaltungsgerichten, in: DÖV 1972, S. 626.

NIESE, Werner: Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozeß, in: JZ 1952, S. 353.

NOACK: Die vorläufige Vollstreckbarkeit verwaltungsgerichtlicher Urteile, in: NJW 1961, S. 448.

Ohne Namensangabe: Geheimwissenschaft (Glosse), in: NJW 1956, S. 1307.

OSSENBÜHL, Fritz: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung, in: DVBl 1967, S. 401.

PAPPERMANN, Ernst: Prozeßvergleich nach Aufhebung der Wahl eines kommunalen Wahlbeamten? in: DÖV 1972, S. 161.

PAWLOWSKI, Hans - Martin: Aufgaben des Zivilprozesses, in: ZZP Bd. 80 (1967) S. 345.

PETERS, Horst - SAUTTER, Theodor - WOLFF, Richard: Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1967.

PETERS, Karl: Vereinbarungen über die Zuständigkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, in: DÖV 1967, S. 407.

PROBST, Heinrich: Auswirkungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Staats- und Kommunalverwaltung 1972, S. 145.

REDEKER, Konrad: Verfahrensrechtliche Bindungen der Untersuchungsmaxime im Verwaltungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt Bd. 2, Karlsruhe 1963, S. 475, zit.: Redeker, Staatsbürger und Staatsgewalt II.

- Empfiehlt es sich, die Revision (Rechtsbeschwerde) zu den oberen Bundesgerichten (außer in Strafsachen) einzuschränken und ihre Zulässigkeit in den einzelnen Gerichtsbarkeiten einheitlich zu regeln? in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages Bd. 2/E, Dritte Abteilung, Tübingen 1964, E 29.

- Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtssetzung, in: NJW 1972, S. 409.
- REDEKER, Konrad - von OERTZEN, Hans - Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 4. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1971.
- REICHEL, Hans: Zu den Einleitungsartikeln des schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Festgabe für Rudolf Stammeler, Berlin und Leipzig 1926.
- RENCK, Ludwig: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in: JUS 1966, S. 273.
- Die Rechtsmittel gegen Verwaltungsvollstreckungsakte, in: NJW 1966, S. 1247.
- ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl Heinz: Zivilprozeßrecht, 11. Auflage, München 1974.
- RUPP, Hans - Heinrich: Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, in: AÖR Bd. 85 (1960), S. 149.
- Der Schadensersatz- und Regreßanspruch des Dienstherrn im "besonderen Gewaltverhältnis" und seine Durchsetzung. - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verwaltungsakt, in: DVBl 1963, S. 577.
- Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 30. 9. 1964 (JZ 1965, S. 366), in: JZ 1965, S. 370.
- Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, zit.: Rupp, Grundfragen.
- SAUER, Wilhelm: Juristische Methodenlehre, Stuttgart 1940.
- SCHÄFER, Walter: Verbandsvertreter als Bevollmächtigte im Verwaltungsprozeß, in: DVBl 1961, S. 539.
- SCHEFOLD, Dian: Zum deutschen Verwaltungsrechtsschutz, Basel und Stuttgart 1969.
- SCHENKE, Wolf - Rüdiger: Vollstreckungsschutz gegen Verwaltungsakte, in: VerwArch 1970, S. 260.
- SCHMIDT - SALZER, Joachim: Vorkonstitutionelle Gesetze, verfassungskonforme Auslegung und ungeschriebene, unbestimmte Rechtsbegriffe, in: DÖV 1969, S. 67.
- SCHMITT, Lothar: Die Ablehnung von Beweisanträgen im Verwaltungsprozeß, in: DVBl 1964, S. 465.

- SCHMITT - LERMANN, Hans: Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (VwZVG), Handkommentar, München 1961.
- SCHNEIDER, Hans - Peter: Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, Frankfurt 1969.
- SCHOLZ, Rupert: Status-, Organ- und Verfahrensprobleme um den Sachverständigenrat, in: DÖV 1973, S. 843.
- SCHÖNKE, Adolf - KUCHINKE, Kurt: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 9. Auflage 1969.
- SCHÖNKE, Adolf - SCHRÖDER, Horst - NIESE, Werner: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Auflage, Karlsruhe 1956.
- SCHRAMM, Theodor: Norminterpretation der Exekutive im Vergleichswege? in: MDR 1963, S. 888.
- SCHRÖDER, Hans: Grundsätze des Verwaltungsprozesses (Korreferat zu LÜKE a. a. O.), in: JUS 1961, S. 48.
- SCHRÖDER, Jörg: Der Prozeßvergleich in den verwaltungsgerichtlichen Verfahrensarten, Diss., Köln und Berlin 1971.
- SCHULZ - HARDT, Hubertus - Joachim: Der allgemeine Vertreter des öffentlichen Interesses in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss., Kiel 1968, zit.: Schulz-Hardt, VöL.
- Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Vertreters des öffentlichen Interesses in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: DVBl 1972, S. 557.
- SCHULZE - EICKENBUSCH, Knut: Der Umfang des Entscheidungsermessens bei Gesetzgebungsakten unter Berücksichtigung von abgeleiteter Gesetzgebung, Diss., Hamburg 1972.
- SCHUNCK, Egon - DE CLERCK, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), 2. Auflage, Siegburg 1967.
- SCHWEIGER, Karl: Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 8. 3. 1966 (DVBl 1967, S. 116), in: DVBl 1967, 860.
- STAAB, Lothar: Die Gestaltung des Verfahrens nach § 34 des Verwaltungsgerichtsgesetzes, in: DÖV 1954, S. 521.
- STAMMLER, Rudolf: Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911.
- Die Lehre vom richtigen Rechte, Halle 1926 (unveränderter Nachdruck, Bad Homburg 1964).

- STEIN, Erwin: Verfahrensrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, in: NJW 1964, S. 1745.
- STEIN, Friedrich - JONAS, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung (bearbeitet von GRUNSKY, LEIPOLD, SCHUMANN und anderen), 19. Auflage, Tübingen 1964 - 1972.
- STEIN, Walter: Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmaßnahmen, in: NJW 1963, S. 185.
- TEICHMANN, Arndt: Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962.
- TIETGEN, Walter: Anmerkung zum Urteil des OVG Hamburg vom 15. 11. 1960 (DVBl 1961, S. 294), in: DVBl 1961, S. 296.
- THOMAS, Heinz - PUTZO, Hans: Zivilprozeßordnung (Kommentar), 8. Auflage, München 1975.
- TSCHIRRA, Oskar - SCHMITT GLAESER, Walter: Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts mit Systematik zur Fallbearbeitung, Stuttgart, München und Hannover 1970.
- TUREGG, Kurt Egon von: Die Prozeßmaximen im Verwaltungsprozeß, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Tübingen und Berlin 1956, S. 849.
- Gefährliche und gefährdete Generalklausel, Berlin und Köln 1956, zit.: von Turegg, Generalklausel.
- ULE, Carl Hermann: Die künftige Verwaltungsgerichtsordnung, in: JZ 1953, S. 681.
- Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, in: DVBl 1954, S. 137.
- Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, in: DVBl 1959, S. 537.
- Verwaltungsgerichtsbarkeit (Max von BRAUCHITSCH, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder Bd. I, 2. Halbband), 2. Auflage, Köln und Berlin 1962, zit.: Ule, Kommentar.
- Das Verhältnis zwischen weiterlaufenden Verwaltungsaufgaben und dem Prozeß, in: Rechtsschutz im Sozialrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1965, S. 258, zit.: Ule, Rechtsschutz im Sozialrecht.
- Verwaltungsprozeßrecht, 5. Auflage, München 1971, zit.: Ule, Lehrbuch.
- Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß, in: VerwArch 1971, S. 114.

- VOGEL, Thilo: Zur Praxis und Theorie der richterlichen Bindung an das Gesetz im gewaltenteilenden Staat, Berlin 1969.
- WACKE, Gerhard: Gegenstand und Bestandskraft bei verwaltungsgerichtlichen Klagen, in: AöR Bd. 79 (1953/1954), S. 158.
- WIRTZ, Peter: Rechtsberatungsbefugnis der Verbände in Angelegenheiten des Ausländerrechts, in: NJW 1968, S. 1025.
- WOLF, Gerhard: Allgemeine Prozeßgrundsätze im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: DVBl 1966, S. 884.
- WOLFF, Hans - Julius: Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955.
- WOLFF, Hans - Julius - BACHOFF, Otto: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, Bd. 1, 9. Auflage, München und Berlin 1974, zit.: Wolff I.
- WOLFF, Hans - Julius: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, München und Berlin, Bd. 2, 3. Auflage 1970; Bd. 3, 3. Auflage 1973, zit.: Wolff II/III.
- WOLFF, Karl: Die Gesetzessprache, Wien 1952.
- WOLTERECK, Richard: Unechte und echte Schiedsgerichte des Verwaltungsrechts, in: DÖV 1966, S. 323.
- ZASTROW, Berengar von: Die Rechtswirksamkeit und Bestandskraft von Sozialgerichtsvergleichen auf dem Gebiet der gesetzlichen Rentenversicherung, in: JZ 1967, S. 5.
- ZIPPELIUS, Reinhold: Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971.
- ZITTELMANN, Ernst: Lücken im Recht (Bonner Rektoratsrede), Leipzig 1903.
- ZÖLLER, Richard: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 11. Auflage, München 1974.
- ZUCK, Rüdiger: Der Tod des Beschwerdeführers im Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in: DÖV 1965, S. 836.

LEBENS LAUF

Als Sohn des Oberstudienrats Georg Falk und seiner Ehefrau Hedwig Falk, geborene Hiller, wurde ich, Otto Heinz Theodor Falk, am 18. Dezember 1946 in Bergzabern geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Protestantischen Volksschule Bergzabern von 1953 bis 1957 und des Progymnasiums Bergzabern in den Jahren 1957 und 1958 trat ich am 1. Oktober 1958 in das Staatlich Mathematisch - Naturwissenschaftliche Gymnasium Landau in der Pfalz ein. Dort legte ich am 2. März 1966 die Reifeprüfung ab.

Von 1966 bis 1970 studierte ich an den Universitäten Mainz und Freiburg im Breisgau Rechtswissenschaft. Am 2. Februar 1971 bestand ich in Mainz die erste juristische Staatsprüfung.

Im April 1971 begann ich als Rechtsreferendar meinen Vorbereitungsdienst, von dem ich in der Zeit vom 1. Juni 1972 bis 30. April 1973 zur Vorbereitung auf meine Promotion beurlaubt war. Am 19. Juli 1974 legte ich in Zweibrücken die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Seit 1. August 1974 bin ich als Richter beim Landgericht Landau in der Pfalz tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 4. Februar 1975.

Landau in der Pfalz, im Mai 1975



